

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

LARISSA COSTA POLAK

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS

**CURITIBA
2011**

LARISSA COSTA POLAK

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Monografia apresentada ao Núcleo de Monografias como requisito parcial à conclusão do Curso de Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Eneida Desiree Salgado

Co-orientador: Prof. Miguel Gualano de Godoy

**CURITIBA
2011**

TERMO DE APROVAÇÃO

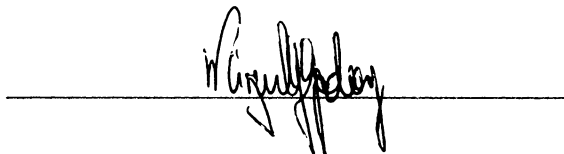
LARISSA COSTA POLAK

Mutação Constitucional e Direitos Fundamentais

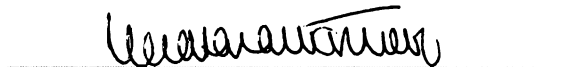
Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



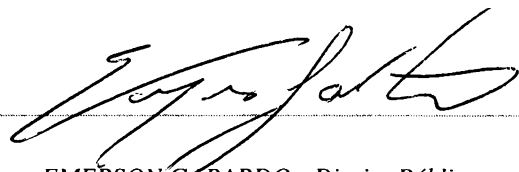
ENEIDA DESIREE SALGADO
Orientador



Coorientador



VERA KARAM DE CHUEIRI
Primeiro Membro



EMERSON GABARDO - *Direito Público*
Segundo Membro

RESUMO

A pretensão de imutabilidade da Constituição é colocada de lado diante da conscientização da importância de adaptabilidade à realidade social para preservação de sua perenidade. A virtude da Carta Constitucional está em se tornar um instrumento em consonância com as demandas sociais, alcançando gerações, regendo a vida social em diferentes níveis de evolução. Neste contexto, a mutação constitucional apresenta-se como fenômeno capaz de integrar realidade e Constituição, permitindo a mudança constitucional sem qualquer alteração do texto. O texto constitucional permanece, entretanto novas formas de interpretação e aplicação são expostas, abrigando conceitos que podem mesmo se apresentar em contradição com aquilo que até então era executado. Respeitados os limites oferecidos pelo próprio texto e pelo sistema constitucional como um todo, descartando-se os casos de mutações inconstitucionais, o fenômeno se coloca como um mecanismo capaz de efetivar direitos fundamentais. A interpretação a ser realizada pelo Poder Judiciário quando da aplicação da norma se torna fundamental na realização da vontade da Constituição, possibilitando a certos indivíduos o acesso a direitos que poderiam parecer inatingíveis. E então, o contexto pós-positivista surge como ambiente propício para a efetivação dos direitos e uma nova análise com base nos princípios constitucionais, reconhecendo a primazia dos valores.

Palavras-chave: Constituição; mutação constitucional; interpretação constitucional; direitos fundamentais.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO:	1
--------------------------	---

CAPÍTULO I – CONSTITUIÇÃO E REALIDADE SOCIAL

1.1. Algumas Concepções de Constituição.....	4
1.2. Rigidez e Supremacia Constitucional.....	7
1.3. Força Normativa da Constituição.....	11
1.4. Alteração Constitucional. Necessidade e Possibilidades.....	15
1.5. Processos Formais de Alteração. Reforma Constitucional.....	18

CAPÍTULO II – PROCESSO INFORMAL DE ALTERAÇÃO – MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL.

2.1. Aspectos Iniciais. Concepção de Mutação Constitucional.....	24
2.2. Espécies e Classificações de Mutação Constitucional.....	29
2.3. Legitimidade e Limites	33
2.4. A Interpretação como Mutação.....	36
2.5. A Interpretação Judicial como Mecanismo de Alteração Informal.....	42

CAPÍTULO III – ASPECTOS PRÁTICOS SOBRE A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL – A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.

3.1. A Mutação Constitucional na Conquista de Direitos.....	48
3.2. Um caso concreto: a União Homoafetiva.....	49
3.3. Interpretação e Direitos Fundamentais.....	54

CONCLUSÃO	60
------------------------	----

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	62
---	----

INTRODUÇÃO

A possibilidade que a Constituição tem de se adaptar aos novos tempos é algo reconhecido, sendo atualmente descartadas ideias que pretendam uma eterna imutabilidade do texto. Descarta-se que possa haver um documento formal e intocável às mudanças sociais para se cogitar de uma Constituição sujeita aos fatos e, assim, sempre atenta à realidade.

Os fatos ganham importância no Direito e passam a ser construtivos deste, sendo regulados ao mesmo tempo em que regulam as previsões normativas. Não há Direito destacado da realidade, a norma jurídica, inclusive a constitucional, é fruto de uma construção do intérprete, a qual se inicia na análise semântica dos termos empregados pelo legislador, mas percorre ainda um caminho muito além.

Diante dessa determinação recíproca entre texto constitucional e realidade subjacente é que se colocam as mutações constitucionais, alterações que decorrem das novas necessidades apresentadas por uma sociedade regida por determinada Carta. A mutação constitucional é um fenômeno que possibilita alterações na Constituição sem que haja qualquer mudança no seu texto, ou seja, o mandamento descrito é o mesmo, entretanto passa a ser observado com novos olhos. Não se atingem as palavras descritas pelo constituinte originário, mas procura-se um novo entendimento dentro de opções que eventualmente podem ser oferecidas pelo texto em determinado contexto.

As mutações constitucionais são expressão da via informal de reforma constitucional, diferenciando-se em muito dos processos de emenda e revisão, os quais estão previstos expressamente no texto constitucional, possuem portanto sua legitimidade direta em uma determinação da Carta, além de já estarem previstos os limites dentro dos quais devem atuar. Portanto, dado o fato de se tratar de um processo informal de mudança constitucional, o estudo de sua legitimidade e seus limites se torna mais complexo, não bastando uma mera referência à previsão do constituinte originário para que sejam solucionados os problemas.

A nossa atual Constituição é constantemente submetida a novas releituras e interpretações, não se podendo negar a existência das mutações frente à nossa realidade constitucional. Diversas são as formas de atuação deste fenômeno,

podendo se dar pela interpretação dos mais diversos órgãos, assim como pelo costume constitucional. Neste trabalho, apesar de se reconhecer as variadas formas de mutação constitucional, será pormenorizado o caso da mutação constitucional interpretativa, em especial aquela realizada pelo Poder Judiciário.

Neste contexto, o fenômeno deve ser abordado como algo corrente na sociedade, não havendo um modo seguro de se garantir a sua constitucionalidade. Sendo assim, pode ser observado que diversas vezes o conteúdo da previsão constitucional e até da Constituição como um todo é desvirtuado para atender a demandas particulares, específicas, restritas e em desacordo com os preceitos daquela Constituição. Tal acontecimento, reputado como mutações inconstitucionais deve ser uma prática refutada, afastada da realidade constitucional, descartada quando de sua ocorrência.

Por outro lado, as mutações podem se apresentar como um mecanismo extremamente importante na concretização da Constituição e de sua vontade, tornando reais previsões que se colocavam como inatingíveis, abarcando novas situações que as circunstâncias sociais geram, atendendo novas demandas de caráter constitucional. É nesse sentido que se coloca a presente pesquisa, com o intuito de demonstrar as possibilidades oferecidas pelo intérprete constitucional no trabalho de realização da Constituição, com respeito aos seus limites semânticos e ao sistema como um todo.

No Capítulo I deste trabalho serão abordadas questões gerais referentes à Constituição, partindo primeiramente de uma concepção desta nas sociedades atuais, com atenção ao caráter da supremacia e da rigidez constitucional, responsáveis pela posição de privilégio do texto constitucional em relação às demais previsões do ordenamento. Posteriormente, trata-se da teoria da força normativa da Constituição, a qual gera as discussões referentes à adaptabilidade de que devem ser dotados os documentos constitucionais para que se encontrem em acordo com os fatos sociais, mostrando-se então uma primeira possibilidade de modificação constitucional através da via formal.

No Capítulo II é apresentada a via informal de adaptação da Constituição à realidade, qual seja a mutação constitucional. O fenômeno é analisado partindo-se de aspectos gerais, como conceitos e espécies, seguidos por uma exposição dos

seus limites de atuação e de uma possível justificativa para sua legitimidade. Ademais, apresenta-se a interpretação, dentro das suas mais variadas espécies, como um instrumento importante de mutação constitucional, com atenção à interpretação realizada no trabalho de aplicação da norma pelo judiciário.

Por fim, no Capítulo III, trata-se de um caso recente de mutação frente à Constituição de 1988, buscando-se demonstrar como a mutação pode se posicionar na efetivação de direitos fundamentais. As previsões constitucionais aliadas aos novos fatos sociais e aos princípios constitucionais se colocam como capazes de efetivar direitos fundamentais.

Portanto, a exposição do tema tem como constatação a ocorrência do fenômeno em seu aspecto positivo, sem qualquer desvirtuação, com a preservação do sistema constitucional e com a efetivação de direitos com base na ideia de igualdade e liberdade já consagrados pelo texto constitucional de 1988. A tarefa realizada pelo Poder Judiciário se propõe como um instrumento necessário frente às novas demandas que são apresentadas ao Estado, possibilitando o acesso a direitos que se colocavam como inatingíveis por determinados indivíduos. Deste modo, objetiva-se demonstrar como uma sociedade aberta e plural se torna o ambiente de reconhecimento e efetivação de direitos, em especial aqueles ditos fundamentais.

CAPITULO I: CONSTITUIÇÃO E REALIDADE SOCIAL

1.1. Algumas Concepções de Constituição

José Joaquim Gomes Canotilho, ao sintetizar a Constituição como norma superior do ordenamento jurídico, apontou que se trata do

conjunto de normas jurídicas positivas (regras e princípios) geralmente plasmadas num documento escrito (“constituição escrita”, “constituição formal”) e que apresenta relativamente às outras normas do ordenamento jurídico carácter fundacional e primazia normativa¹

Por óbvio que o conceito de Constituição que aqui interessa é aquele que reflete o modo de organização de um Estado, é a sua lei fundamental. Neste sentido, José Afonso da Silva entende que todas as possíveis acepções do termo Constituição nos levam à ideia de organização interna de seres e entidades e, deste modo, afirma que “todo Estado tem constituição, que é o simples modo de ser do Estado”², diante disso possuiriam suas leis fundamentais responsáveis por implantar os elementos essenciais para sua organização e desenvolvimento.

Como muito bem retrata Jorge Miranda, “encontra-se sempre uma Constituição como expressão jurídica do enlace entre poder e comunidade política ou entre governantes e governados”³. Dentro desta perspectiva, elenca os seguintes aspectos como caracterizadores do constitucionalismo: a constituição como fundação ou refundação do ordenamento estatal; a constituição como sistematização racionalizadora das normas estatutárias do poder e da comunidade; e a constituição como lei, conjunto de normas de fonte legal, e não consuetudinária ou jurisprudencial. Para além destes pontos, destaca ainda a supremacia constitucional frente a todos os demais atos e normas oriundos do ordenamento, característica que leva Miranda a concluir que a Constituição deve ser considerada fundação e fundamentação do poder público e da ordem jurídica como um todo.

¹CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra, Edições Almedina, 2003. p. 1147.

²AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2008. p. 37.

³MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Tomo II**. Coimbra: Editora Coimbra, 2007. p. 08.

Para Luís Roberto Barroso a perspectiva mais geral que nos leva à uma Constituição histórica ou institucional deve ser observada como um dado da realidade e não uma criação racional. Dessa forma, será somente com o nascimento da perspectiva liberal que se tem a atribuição de um novo caráter à Constituição, o qual alia função descritiva e ativa do ordenamento, através de um ato de vontade e de criação, normalmente por meio de um documento escrito⁴.

Posteriormente, apresenta uma visão esquemática da Constituição, distinguindo os pontos de vista político e jurídico. Quanto ao aspecto político, a Constituição seria fruto das escolhas do poder constituinte, com a criação de órgãos de poder e o estabelecimento de uma disciplina entre si e entre estes e a sociedade. Em relação ao aspecto jurídico, deveria ser feita uma distinção entre as dimensões material e formal. A dimensão material estaria ligada ao poder político, aos direitos fundamentais e aos valores e fins a serem perseguidos; já a dimensão formal resgataria a ideia de norma fundamental e superior atribuída à Constituição, reguladora e limitadora das demais normas do sistema⁵.

Divisão similar de aspectos é feita por Paulo Bonavides que, ao tratar da Constituição política do Estado, considera essencial a diferenciação entre os conceitos formal e material de Constituição. Sendo assim, o conceito material abrangeria todas aquelas previsões destinadas à coordenar a composição e o funcionamento da ordem política, dotadas de maior importância, são as normas referentes à “organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais”⁶ Entende o autor que diante deste conteúdo material pode-se afirmar que todos os Estados, em todos os tempos, têm uma Constituição, uma vez que toda e qualquer sociedade politicamente organizada possuiu ou possuirá uma estrutura mínima para que se dê o seu funcionamento⁷.

Em oposição a este conceito material que engloba as normas de conteúdo verdadeiramente constitucional, Bonavides aponta o conceito formal de Constituição, o qual é aplicado quando se observa a existência de uma Constituição escrita, pois

⁴BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 96-97.

⁵BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 97.

⁶BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Malheiros, 2008. p. 80.

⁷BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Malheiros, 2008. p. 80-81.

assim, por opção do constituinte, algumas matérias estariam inseridas no texto constitucional, mesmo que não se destinem aos principais aspectos da organização do Estado. Como bem observa, são normas tão somente de aparência constitucional, que serão relevantes no momento de reforma, tendo em vista que, apesar de não possuírem um caráter verdadeiramente/materialmente constitucional, deverão ainda assim obedecer a um processo mais rígido do que aquele aplicável à legislação ordinária⁸.

Paulo Gustavo Gonet Branco e Gilmar Ferreira Mendes apontam que o conceito de Constituição, entendido como fruto do constitucionalismo, é um sistema que abarca a garantia das liberdades, portanto espera-se que revele direitos fundamentais e imponha a separação dos poderes através de um documento escrito. Quando presentes tais características, estamos diante de um sentido substancial de Constituição⁹.

Feitos tais apontamentos, devemos observar que atualmente, para conceituarmos o papel da Constituição, é essencial que tenhamos por ponto de partida a superação do conceito liberal/moderno de Estado, o qual pretendia tão somente disciplinar e conter o poder. O Estado atual é levado a cumprir novas tarefas, tidas também como essenciais e por isso garantidas constitucionalmente. É concebido como um ator na modificação e definição social, intervindo e prestando serviços, responsável por atender as mais diversas demandas, objetivando sempre o alcance da justiça social.

Nesse sentido, discorrem Paulo Branco e Mendes:

a Constituição tem por meta não apenas erigir a arquitetura normativa básica do Estado, ordenando-lhe o essencial das suas atribuições e escudando os indivíduos contra eventuais abusos, como, e numa mesma medida de importância, tem por alvo criar bases para a convivência livre e digna de todas as pessoas, em um ambiente de respeito e consideração recíprocos. Isso reconfigura o Estado, somando-lhe às funções tradicionais as de agente intervencionista e de prestador de serviços¹⁰

A Constituição, portanto, é o documento formal no qual são traçados aspectos de estrutura dos poderes, as proteções às liberdades e também os compromissos

⁸BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Malheiros, 2008. p. 81-82.

⁹BRANCO, Paulo Gustavo Gonet e MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 64-65.

¹⁰BRANCO, Paulo Gustavo Gonet e MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 64.

sociais a serem cumpridos pelo Estado como instituição transformadora do *status quo*. É diante desse contexto que se coloca a Constituição Federal de 1988, a qual alia os mais diversos interesses, individuais ou de grupos, com o fim de conciliar diferentes esferas e alcançar a tão almejada justiça social. A partir deste conceito plural de Constituição é que se desenvolverá o presente trabalho.

1.2. Rigidez e Supremacia Constitucional

A rigidez ou flexibilidade constitucional é uma característica que se analisa no momento de alteração da Constituição. A rigidez será observada quando forem previstas pelo poder constituinte originário técnicas mais complexas para alteração das normas constitucionais, com o fim de preservar certa estabilidade.

Apesar de se pretenderem estáveis, deve-se observar a impossibilidade de as Constituições serem completamente imutáveis e alheias aos novos fatos sociais que se apresentam no decorrer da história. Assim, com o objetivo de possibilitar uma certa dinamicidade entre texto constitucional e realidade é que o poder constituinte originário prevê a possibilidade de alteração de suas normas por um procedimento específico. Como asseveram Paulo Gustavo Gonet Branco e Gilmar Ferreira Mendes: “a técnica da Constituição rígida explica-se como uma solução intermediária entre duas opções tidas como inaceitáveis – a inalterabilidade da Constituição e a sua banalização, pela facilidade de sua reforma”¹¹.

Os autores ainda observam que além de conferir maior estabilidade às instituições, as Constituições rígidas possibilitam um maior alcance de seu conteúdo à população, tendo em vista que as mudanças não ocorreriam de forma arbitrária e repentina¹². Portanto, a existência de uma rigidez constitucional se coloca como uma garantia para a sociedade, uma vez que permite a estabilidade do conteúdo constitucional, podendo-se cogitar de seu maior conhecimento pela população quando são afastadas mudanças arbitrárias. O texto constitucional se aproxima da sociedade, proporcionando o acesso às suas previsões, e as escolhas do constituinte originário restam preservadas dentro de um determinado limite.

¹¹BRANCO, Paulo Gustavo Gonet e MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 135.

¹²BRANCO, Paulo Gustavo Gonet e MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 135.

A Constituição de 1988 é conhecida por seu caráter rígido, com previsão de alteração de seu texto através de procedimento específico no seu artigo 60¹³. Ademais, como vantagens deste modelo constitucional são citadas as seguintes características: a nítida distinção entre poder constituinte e poderes constituídos, o reforço da ideia de supremacia constitucional e a configuração de mecanismos de controle de constitucionalidade das leis¹⁴.

Diante de tais observações, porém, é importante prestar atenção nos ensinamentos de Canotilho ao destacar que não é a previsão de procedimento de revisão especial que caracteriza uma Constituição como rígida. Segundo o autor, o procedimento diferenciado não é o fundamento da rigidez, mas tão somente a revelação de uma escolha do poder constituinte que vai ser observada como uma garantia da Constituição. A rigidez aparece, portanto, como um limite absoluto ao poder de reforma, promovendo a estabilidade constitucional¹⁵.

Coadunando com os apontamentos feitos, em que pesem os argumentos favoráveis à rigidez por esta evidenciar uma supremacia constitucional, muito bem minimiza Jorge Miranda ao defender que “a rigidez nunca deverá ser, pois, tal que impossibilite a adaptação a novas exigências políticas e sociais: a sua exacta medida pode vir a ser, a par (em certos casos) da flexibilidade, também ela uma garantia da Constituição”¹⁶.

Desta feita, reconhece-se que a rigidez apesar de necessária não deve ser absoluta, pois deste modo engessaria a Constituição e a esta caberia o fracasso

¹³Art. 60 - A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais. § 5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

¹⁴BRANCO, Paulo Gustavo Gonet e MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 72-73.

¹⁵CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 1059.

¹⁶MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Tomo II**. Coimbra: Editora Coimbra, 2007. p. 175.

toda vez que mudanças sociais, políticas, culturais e/ou econômicas relevantes não pudessem ser incorporadas ao ordenamento.

Feitos os apontamentos quanto à rigidez, deve ser agora observado o princípio da supremacia da Constituição que é fruto direto do modelo detalhado, característica que faz com que as normas constitucionais se encontrem em um nível hierárquico superior em relação às demais normas do ordenamento. Para José Afonso da Silva a Constituição estaria no vértice do sistema jurídico do país, conferindo validade a todos os demais poderes estatais, além de concentrar a estruturação e organização de tais órgãos, portanto, contém as normas fundamentais do Estado e nesse fato se observa a sua superioridade/supremacia em relação às demais previsões do ordenamento. Ainda que se apresente uma distinção entre supremacia material e formal, sendo a primeira aquela presente até nas Constituições costumeiras, afirma o doutrinador que do ponto de vista jurídico apenas se concebe a noção apoiada na rigidez, ou seja, a supremacia formal¹⁷.

A noção de supremacia constitucional para Gilmar Mendes e Paulo Branco impõe o *status* máximo à Constituição, determinando que esta sempre prevalecerá no conflito de leis, uma vez que é esta a vontade expressa do poder constituinte originário. Deste modo, a própria Constituição se coloca em posição hierárquica de obra suprema, com o mérito de afastar qualquer previsão normativa que com ela seja incompatível. E será este caráter de supremacia que determinará a necessidade de instituição de um controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, pois somente através deste controle se torna possível garantir a supralegalidade das normas constitucionais¹⁸.

Conforme Gomes Canotilho, essa posição hierárquico-normativa superior apresentará três expressões:

(1) as normas constitucionais constituem uma *lex superior* que recolhe o fundamento de validade em si própria (*autoprímazia normativa*); (2) as normas da constituição são normas de normas (*normae normarum*) afirmando-se como uma fonte de produção jurídica de outras normas (leis, regulamentos, estatutos); (3) a superioridade normativa das normas

¹⁷SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2008. p. 45.

¹⁸BRANCO, Paulo Gustavo Gonet e MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 72-73, 123.

constitucionais implica o princípio da conformidade de todos os actos dos poderes públicos com a Constituição¹⁹

Ultrapassadas algumas noções teóricas, pode ser visto que no sentido histórico a ideia de Constituição como se conhece surge nos Estados Unidos da América e na França, porém é na realidade norte-americana que irá despontar a força do princípio da supremacia constitucional. Enquanto na América se tentava firmar uma soberania negando a subordinação ao parlamento inglês, na França se procurava desatar os laços do período absolutista. A conquista de um *status* de liberdade clamava por rupturas políticas nos dois casos, porém a construção constitucional foi se apresentando de forma diferente.

Como relata Barroso, a supremacia teve origem no constitucionalismo norte-americano, com a determinação desde o seu início de uma posição de superioridade do poder constituinte que como consequência apresentava um nítido privilégio jurídico das normas constitucionais em comparação às demais normas do sistema²⁰. A Constituição norte-americana assim sempre teve uma forma de garantir sua supremacia e força normativa por meio de uma jurisdição constitucional, ideia que só foi assimilada no continente europeu muitos anos depois.

Nos Estados Unidos pode-se notar que com a conquista da independência grande parte das antigas colônias reeditaram suas cartas coloniais, evidenciando que a fonte de todo poder era o povo. Neste contexto nasceram as primeiras constituições norte-americanas que, como observa Luís Roberto Barroso, tiveram origem no contratualismo de Locke, por isso é frequente a identificação entre Constituição e contrato social. A soberania americana será entendida como poder indeclinável e por isso exercida de modo direto²¹.

Canotilho relata que a Constituição fruto da Revolução Americana materializava a vontade soberana do povo, fato que condicionava a atuação do parlamento a uma estrita obediência às normas constitucionais. Deste modo, a configuração de um controle de constitucionalidade por parte da Suprema Corte se coaduna em perfeita harmonia com a necessidade de respeito à soberania popular,

¹⁹CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 1147.

²⁰BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 107.

²¹BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 100.

o que leva inevitavelmente ao princípio da supremacia constitucional. Os limites traçados ao poder estatal assim garantiam uma atuação idônea por parte dos governantes, assegurando o poder dos governados. O autor conclui, portanto, que no contexto americano o poder constituinte pretende um documento realmente oponível aos representantes do povo²².

Apresentados sucintamente caracteres teóricos e históricos, sendo feita uma análise comparativa, resta evidente a condição de rigidez e a consequente supremacia da Constituição Federal de 1988, documento que devido às suas previsões deverá se impor como elemento modificador da sociedade, obedecendo, contudo, aos elementos que garantem sua estabilidade e modificação legítima. Potencializadas as suas características como instrumento, passa-se à análise da força normativa da Constituição.

1.3. Força Normativa da Constituição

Primeiramente, antes que se trate da teoria da força normativa da Constituição, é interessante que se faça uma pequena passagem por outras duas importantes teorias da Constituição que apesar de serem extremamente opostas podem gerar um bom resultado quando têm suas características conjugadas.

A primeira delas é concepção sociológica preconizada por Ferdinand Lassalle e que distingue as Constituições reais e as Constituições jurídicas. Neste diapasão, a verdadeira Constituição estaria presente tão somente nos fatores reais e efetivos de poder dominantes em uma sociedade²³. Para Lassalle a Constituição escrita deve corresponder aos citados fatores ou então estaria destinada ao insucesso. O sociologismo constitucional se caracteriza por entender a Constituição como a soma dos fatores reais de poder dentro de uma determinada sociedade, como bem sintetiza Barroso:

o conjunto de forças políticas, econômicas e sociais, atuando dialeticamente, estabelece uma realidade, um sistema de poder: esta é a Constituição real, efetiva do Estado. A constituição jurídica, mera "folha de

²²CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 70.

²³LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 10-11, 17-18.

papel”, limita-se a converter esses fatores reais do poder em instituições jurídicas, em Direito²⁴

Konrad Hesse, ao analisar a conferência sobre a essência da Constituição, conclui que para Lassalle a Constituição jurídica só seria capaz de regular a sociedade quando compatível com a Constituição real. Porém, considera a doutrina falha, uma vez que a Constituição teria sim uma força própria caminhando ao lado do poder determinante das relações fáticas, mesmo que essa característica se apresentasse de modo tímido²⁵.

Do outro lado, em ponto extremamente oposto, está a Teoria Pura do Direito idealizada por Hans Kelsen e baseada no positivismo normativista²⁶. Caracteriza-se por compreender o Direito como norma e, portanto, inserido no plano do *dever-ser* e não do *ser*. O Direito é visto como uma ordem normativa estando em seu topo a norma fundamental. Dentro do Direito há uma estrutura hierárquica que tem em seu escalão positivo mais alto a Constituição. Para Kelsen, a Constituição deve ser entendida em seu caráter normativo como a prescrição de um *dever-ser*, pouco importando a legitimidade ou justiça de seu conteúdo, assim como a realidade política subjacente. Em um sentido lógico-jurídico, a Constituição é a norma fundamental hipotética, uma vez que é pressuposta e fundamenta as demais normas do sistema²⁷.

E então chega-se à teoria da Força Normativa da Constituição de Konrad Hesse, caracterizada por considerar a Constituição uma ordem jurídica fundamental e aberta que apesar de condicionada historicamente não pode ser considerada tão somente o espelho das relações sociais. Assim, a Constituição é também reflexo da sua própria força normativa, capaz de alterar e ordenar o contexto social por meio de suas previsões. Como expressa Jorge Miranda ao tratar da teoria: “A Constituição tem de estar aberta ao tempo, o que não significa nem dissolução, nem diminuição

²⁴BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 101.

²⁵HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 9-11.

²⁶KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Coimbra: Edições Almedina, 1960.

²⁷KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Coimbra: Edições Almedina, 1960. p. 224, 250-253.

da força normativa”²⁸. Portanto, a Constituição aqui possui força normativa, estando concomitantemente aberta às demandas sociais.

Para formular sua teoria, Hesse entende que a total separação entre realidade e norma não colabora para uma evolução do estudo, isso porque a ênfase aos extremos leva ou a uma norma destituída de qualquer traço da realidade ou a uma realidade destituída de qualquer elemento normativo. Diante disso, coloca em destaque a pretensão de eficácia da norma, o que caracterizaria a Constituição não apenas como a expressão de um ser, mas também como um dever-ser, objetivando conformar a realidade política e social. As constituições real e jurídica seriam condicionantes recíprocas²⁹. A Constituição, nas palavras de Konrad Hesse, é “determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas”³⁰.

A força normativa da Constituição, por sua vez, estaria presente na sua adaptação a uma realidade e na sua capacidade de se converter em força ativa. Hesse afirma que apesar de a Constituição não poder por si só realizar coisa alguma, ela pode instituir tarefas e por meio destas se transformar em realidade quando verificada a vontade de concretizar a ordem. A Constituição, portanto, será força ativa quando estiverem presentes na consciência geral a *vontade de poder* e, principalmente, a *vontade de Constituição*³¹.

Ao longo do século XX a ideia de força normativa da Constituição amadurece e à norma constitucional é atribuído o *status* de norma jurídica, pois até então era um documento considerado essencialmente político, como assinala Luís Roberto Barroso³². Após a Segunda Guerra Mundial, principalmente, torna-se evidente o reconhecimento da força normativa, na análise do autor as normas constitucionais passam a ser imperativas, atributo já reconhecido a todas as normas jurídicas, e

²⁸MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Tomo II**. Coimbra: Editora Coimbra, 2007. p. 75.

²⁹HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p.14.

³⁰HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p.15.

³¹HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p.19.

³²BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 284.

com isso sua inobservância teria a capacidade de ativar mecanismos de coação levando ao cumprimento forçado³³. Ou seja, há a previsão de interferência do Poder Judiciário na realização do conteúdo constitucional.

Gomes Canotilho entende que expressões como normatividade da Constituição ou força normativa da Constituição evidenciam um caráter de efetividade e de aplicabilidade das normas constitucionais. Neste aspecto, diante da abertura do sistema constitucional, aponta como de fundamental importância a atividade criativa e concretizadora dos intérpretes da Constituição, neste grupo sendo incluídos o legislador, os juízes e o governo³⁴.

Porém, não é qualquer conjunto de regras formalmente superior que configura um conceito de dever-ser que caracteriza uma constituição normativa. Canotilho observa que as regras e princípios devem estar dotados de uma bondade material capaz de distinguir as constituições normativas das constituições semânticas. Deste modo, nem toda carta que se pretende constitucional assim o é, é Constituição apenas o documento preenchido por normas “intrinsecamente legítimas”³⁵.

Para Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco “as constituições normativas são as que logram ser lealmente cumpridas por todos os interessados, limitando, efetivamente o poder”³⁶.

No Brasil a discussão acerca da força normativa aparece, conforme Barroso, na década de 80, mas é tão somente na Constituição de 1988 e na doutrina e jurisprudência dela decorrentes que o problema será tratado, com a superação de posições retrógradas. O Direito Constitucional contemporâneo será marcado pela sucessão de um direito liberal por um constitucionalismo social, inclusive no que diz respeito à nossa Constituição. Tais fatos, conduzem a Constituição ao centro do ordenamento, conferindo a esta uma supremacia formal e também material³⁷.

³³BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 284.

³⁴CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 1150.

³⁵CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 1131.

³⁶BRANCO, Paulo Gustavo Gonet e MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 74.

³⁷BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 285.

1.4. Alteração da Constituição. Necessidade e Possibilidades

A constante tensão entre previsão constitucional e realidade subjacente faz com que seja de extrema importância que se ventilem possibilidades de alteração do texto. Conforme já afirmado anteriormente, a pretensão de imutabilidade das Constituições não passa de um projeto inatingível, uma vez que esta precisa ter a capacidade de abarcar novas situações que surgem no meio social para que consiga estabelecer o equilíbrio adequado entre sua força normativa e os fatos sociais, para que seja condicionante e condicionada.

Como acentua Paulo Bonavides:

A imutabilidade constitucional, tese absurda, colide com a vida, que é mudança, movimento, renovação, progresso, rotatividade. Adotá-la equivaleria a cerrar todos os caminhos à reforma pacífica do sistema político, entregando à revolução e ao golpe de Estado a solução das crises³⁸

Luís Roberto Barroso observa que se a Constituição não estiver em consonância com seu tempo, não possuirá condições de impor sua força normativa e assim abrirá espaço para os fatores reais de poder. Porém, por outro lado, também não pode estar a Lei Fundamental sujeita a influências de quaisquer circunstâncias, não devendo ser disponível de apropriação pelas maiorias ocasionais, pois nessa situação se tornaria incapaz de preservar direitos e valores fundamentais quando do conflito com o poder político e as forças sociais³⁹.

A efetividade de uma carta constitucional estará então intimamente ligada com a sua capacidade de aperfeiçoamento diante dos novos fatos sociais, sem esquecer de conciliar tais procedimentos com a característica da estabilidade. Em suma, procura-se um consenso entre estabilidade e adaptabilidade. A Constituição estará eternamente fadada a um processo de criação constante.

Neste contexto de adaptação à realidade social, a doutrina coloca como possibilidades de alteração a reforma e a mutação constitucional. Conforme analisa José Afonso da Silva, a reforma constitucional é um processo formal, previsto na Constituição, o qual é produzido pelo poder reformador devido à autorização do

³⁸BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Malheiros, 2008. p. 196.

³⁹BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 163

poder constituinte originário, com base em formalidades expressamente determinadas. Em outro sentido, as mutações constitucionais seriam fruto de um processo não formal de mudança das constituições rígidas, por meio de alterações empíricas e sociológicas, pela interpretação e pelo ordenamento de estatutos que interfiram na estrutura do Estado⁴⁰.

Jorge Miranda, por sua vez, apresenta o conceito de *vicissitudes constitucionais* que nada mais são do que “eventos que se projectem sobre a subsistência da Constituição ou de algumas de suas normas”⁴¹. Sendo assim, classifica as vicissitudes em relação à cinco grandes critérios, quais sejam: modo, objeto, alcance, consequências sobre a ordem constitucional e duração dos efeitos. Quanto ao modo, as vicissitudes podem ser expressas ou tácitas, sendo as primeiras caracterizadas por possível mudança do texto constitucional e as segundas pela manutenção do texto em seus termos originais. Quanto ao objeto, as modificações podem ser totais ou parciais, ou seja, transformam o texto constitucional como um todo ou atingem apenas em parte e sem interferir nos princípios fundamentais. Quanto ao alcance, são distinguidas aquelas de alcance geral e abstrato daquelas de alcance concreto ou excepcional. Quanto às consequências sobre a ordem constitucional, as vicissitudes são consideradas uma forma de evolução constitucional ou uma ruptura. E, por fim, quanto à duração dos efeitos, podem haver vicissitudes de efeitos temporários, como a suspensão da Constituição, ou de efeitos definitivos.

Como espécies de vicissitudes, Miranda elenca as seguintes possibilidades: revisão constitucional, derrogação constitucional, costume constitucional, interpretação evolutiva da Constituição, revisão indireta, revolução, ruptura não revolucionária, transição constitucional e suspensão (parcial) da Constituição. A revisão é colocada como uma modificação com finalidade de autoregeneração ou autoconservação, com a exclusão de elementos não mais justificáveis e inclusão de novas demandas, assemelhando-se ao conceito de reforma constitucional apresentado. Já as formas de modificação tácita, que são o costume constitucional,

⁴⁰SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2008. p. 61.

⁴¹MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Tomo II**. Coimbra: Editora Coimbra, 2007. p 160-162.

a interpretação evolutiva e a revisão indireta se identificam com o conceito de mutação constitucional⁴².

Gomes Canotilho, ao analisar a pretensão de estabilidade e de dinamicidade das Constituições, observa que essa relação de continuidade aliada à mudança é garantida:

(1) ao estabelecerem princípios e procedimentos socialmente institucionalizados, os textos constitucionais procuram assegurar a “segurança”, “certeza”, “vinculatividade” e “calculabilidade” indispensáveis a qualquer ordem jurídica; (2) ao introduzirem procedimento de mudança (ex. normas de revisão) as constituições introduzem no estatuto jurídico do políticos horizontes temporais diferenciados que lhes permite continuar a assegurar um eventual consenso intergeracional e evitar uma insustentável distância entre constituição escrita e a constituição material⁴³

Nesta esteira, entende Canotilho que a Constituição deve ser entendida como uma *“ordem-quadro”* e aberta, em constante processo público de desenvolvimento perante uma sociedade aberta e plural⁴⁴. Portanto, a ordem fixada é parcial e fragmentária e deverá ser preenchida mediante uma atualização concretizante dos mais diversos níveis, amenizando tensões e abarcando o pluralismo social, econômico e político.

Deste modo, evidenciada a necessidade de alteração da Constituição em face do dinamismo social, no próximo ponto será analisada a reforma constitucional, mecanismo formal com base em previsão do constituinte originário, portanto obra do poder constituído e assim sujeito à imposição de limites.

1.5. Processos Formais de Alteração. Reforma Constitucional

Examinada a constante necessidade de alteração do texto constitucional para adaptação aos fatos sociais, será tratada a possibilidade de conformação com o meio através de mecanismos formais, ou seja, a partir da reforma constitucional, seus conceitos e limites.

⁴²MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Tomo II.** Coimbra: Editora Coimbra, 2007. p. 164.

⁴³CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina Edições, 2003. p. 1435-1436.

⁴⁴CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina Edições, 2003. p. 1436.

Apesar das variadas utilizações dos termos *reforma*, *emenda* e *revisão*, aqui se considera, conforme Luís Roberto Barroso⁴⁵ e José Afonso da Silva⁴⁶ com base no conceito de Pinto Ferreira e Meirelles, *reforma* como um gênero que abrange as alterações constitucionais como um todo, tanto as pontuais como as abrangentes. As *emendas*, por sua vez, são as modificações de certos pontos da carta constitucional por meio de um procedimento específico. E as *revisões* são as reformas mais amplas e abrangentes.

A obediência a limites é característica marcante do poder reformador, justificando-se sua imposição pela necessidade de manutenção de uma esfera mínima que identifica determinada Constituição. Apesar de haver questionamentos quanto a possibilidade de um povo no passado pretender sujeitar gerações futuras a suas decisões políticas, Paulo Bonavides explica que a questão é facilmente resolvida se evidenciada a distinção entre poder constituinte originário e poder constituinte derivado. Poder constituinte originário deve ser entendido fora da Constituição e por isso acima dela, sendo exercido somente em momentos excepcionais, é de caráter essencialmente político; já o poder constituinte derivado está contido no jurídico, não podendo se sobrepor ao texto constitucional e assim observando limites expressos e tácitos⁴⁷.

Neste sentido, em síntese, Luís Roberto Barroso assevera:

poder de reforma constitucional, que configura um poder de direito, regido pela Constituição e sujeito a limitações de naturezas diversas. Sua função é a de permitir a adaptação do texto constitucional a novos ambientes políticos e sociais, preservando-lhe a força normativa e impedindo que seja derrotado pela realidade. Ao fazê-lo, no entanto, deverá assegurar a continuidade e a identidade da Constituição⁴⁸

Porém, mesmo que considerada a distinção entre poder originário e poder derivado, José Afonso da Silva aduz que, apesar de a alteração ser obra deste último, o agente ou sujeito da reforma seria propriamente o poder constituinte originário que, devido às impossibilidades de ser convocado a todo momento,

⁴⁵BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 168.

⁴⁶SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2008. p. 62.

⁴⁷BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Malheiros, 2008. p. 201.

⁴⁸BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 169.

atuaria em segundo grau através da outorga de competência a um órgão constituído⁴⁹.

Para Barroso, a imposição de limites ao trabalho a ser feito pelo poder de reforma se justifica por dois fundamentos, um de índole subjetiva e outro de índole objetiva. Do ponto de vista subjetivo, aponta a insurgência de *momentos constitucionais*, nos quais há uma participação ativa do povo, em situações de grande mobilização popular e de exercício consciente da cidadania. O ponto de vista objetivo seria ligado à transcendência dos bens jurídicos tutelados, entre eles a limitação do poder, os valores fundamentais, a soberania popular e os procedimentos democráticos. Desta feita, o constitucionalismo em sua versão democrática, como um mecanismo de autolimitação, teria a função de retirar do poder das maiorias certos direitos para promover a manutenção da democracia, uma vez que se tem por certo que esta não corresponde tão somente ao princípio majoritário e às regras procedimentais de participação política⁵⁰.

As limitações que sofre o poder constituído reformador poderão ser de diversas ordens, quais sejam: formais, temporais ou circunstanciais e materiais (explícitas ou implícitas).

A limitação formal está ligada ao órgão do poder de reforma e à obediência dos termos delineados na Constituição. Para Gomes Canotilho as limitações formais podem ser subdivididas em: limites quanto ao titular do poder de revisão, limites relativos às maiorias deliberativas, limites temporais, limites quanto à legitimidade do órgão com poder de revisão e limites circunstanciais⁵¹. Quanto ao titular do poder de revisão, deve ser observado que em nosso país essa função é delegada a um órgão legislativo ordinário, o qual deverá obedecer a um procedimento agravado.

Os limites formais, para Barroso, são resultado da opção por um regime de rigidez constitucional e composto pela previsão de um procedimento específico para emenda à constituição envolvendo regras distintas quanto à iniciativa, quanto ao quórum de votação e quanto às instâncias de deliberação. Tais características, presentes em quase todas as Constituições contemporâneas teriam o poder de

⁴⁹SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2008. p. 65.

⁵⁰BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 166.

⁵¹CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina Edições, 2003. p. 1060-1063.

impor a obediência aos seus próprios limites formais, sob pena de serem os atos em desconformidade levados a um juízo de inconstitucionalidade⁵². Deste modo, diante da atual Constituição, os limites formais a serem obedecidos para a aprovação de emenda seriam: iniciativa de 1/3 dos membros da Câmara ou Senado, do Presidente da República ou de mais de metade das Assembleias Legislativas dos Estados⁵³; quórum de aprovação de 3/5 dos votos de cada Casa do Congresso; e procedimento de discussão e votação em dois turnos em cada Casa⁵⁴.

Os limites temporais são aqueles destinados à manutenção da ordem constitucional por um certo período mínimo de tempo, os quais não encontramos na Constituição de 1988. Já os limites circunstanciais têm por objetivo impedir a reforma constitucional em certos momentos de anomalia, como a previsão de inalterabilidade do texto durante estado de sítio, intervenção federal e estado de defesa⁵⁵.

Os limites materiais se aplicam pela necessidade de manutenção da essência da Constituição. Nos termos de Barroso, a preservação de uma identidade original, do núcleo de decisões políticas e de valores fundamentais é uma característica que aparece principalmente no Segundo Pós-Guerra como reação aos regimes totalitários e seus abusos⁵⁶. Neste contexto, a determinação de cláusulas de intagibilidade se funda na ideia de identidade constitucional e de defesa do Estado Democrático, trabalhando “como a reserva moral mínima de um sistema constitucional”⁵⁷.

⁵²BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 174.

⁵³Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

⁵⁴Art. 60, § 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

⁵⁵Art. 60, § 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

⁵⁶BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 182-184.

⁵⁷BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 185.

De acordo com Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco é natural que uma identidade básica do texto seja protegida, já que se pretende revitalizar a Constituição e não substituí-la por completo⁵⁸. Como bem apontam:

esses limites, é claro, não tem forças para impedir alterações do texto por meios revolucionários, mas, se, com desrespeito a essas cláusulas pétreas, impõe-se a mudança da Constituição, ao menos se retira do procedimento “a máscara da legalidade”⁵⁹

Portanto, os limites impostos são pertinentes tão somente à atividade do poder de reforma, sendo plenamente possível que o povo, como poder constituinte originário, inaugure um novo ordenamento sem obediência a qualquer imposição de gerações anteriores.

No mesmo sentido aponta Gomes Canotilho ao considerar que os limites não são vinculativos de qualquer manifestação do poder constituinte, mas apenas cogitados quando se pretende a continuidade de uma Constituição. Afirma que “em sentido absoluto, nunca a geração fundadora pode vincular eternamente as gerações futuras”⁶⁰.

Ainda quanto à aplicação dos limites, Canotilho afirma que ao serem aceitos e determinados limites a partir da própria lógica constitucional há que se exigir o cumprimento efetivo destes limites e não apenas a sua compreensão como meros postulados, uma vez que são resultado de uma imposição autêntica da própria Constituição, portanto frutos da vontade desta⁶¹.

Em nosso ordenamento constitucional é o no § 4º do artigo 60⁶² que se encontra o elenco das matérias que não estão sujeitas à alterações pelo poder de reforma. Assim, intocáveis estão: a forma federativa do Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias

⁵⁸BRANCO, Paulo Gustavo Gonet e MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 137.

⁵⁹BRANCO, Paulo Gustavo Gonet e MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 137.

⁶⁰CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina Edições, 2003. p. 1065.

⁶¹CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina Edições, 2003. p. 1066.

⁶²Art. 60, § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I - a forma federativa de Estado;
- II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III - a separação dos Poderes;
- IV - os direitos e garantias individuais.

individuais. Segundo Luís Roberto Barroso essa previsão não deve ser alargada por dois motivos, são eles:

a) para não sufocar o espaço de conformação reservado à deliberação democrática, exacerbando a atuação contramajoritária do Judiciário; e b) para não engessar o texto constitucional, o que obrigaria à convocação repetida e desestabilizadora do poder constituinte originário⁶³

Entretanto, além dos limites explicitamente previstos, aponta a doutrina a possibilidade de serem estabelecidos limites materiais implícitos ao poder de reforma que seriam conforme José Afonso da Silva, cogitáveis três das categorias de normas elencadas por Nelson de Sousa Sampaio: as relativas ao titular do poder constituinte, as determinantes do titular do poder reformador e as estabelecidas do próprio processo de emenda.⁶⁴ Na primeira hipótese, pretende-se que a reforma constitucional não altere a titularidade do próprio poder responsável pela criação do poder reformador, ao passo que na segunda há a preservação deste último, colocando-se como intolerável qualquer mudança que permita estabelecer um novo poder derivado. Por fim, com o objetivo de se preservar a lógica da Constituição, afastadas estão aquelas reformas que desejem modificar o próprio processo de alteração, com o fim de amenizá-lo e tornar as normas constitucionais mais vulneráveis.

Para terminar a análise sobre os processos formais de alteração da Constituição, nota-se que estes estão sujeitos ao controle de constitucionalidade, por vício formal ou informal, assim como qualquer lei ordinária, uma vez que não são normas constitucionais originárias, mas sim resultado de um trabalho do poder derivado. Gilmar Mendes e Paulo Branco ao tratarem do tema informam que esse controle poderá ser feito após a promulgação da emenda perante qualquer juiz ou através de controle abstrato pelo Supremo Tribunal Federal, assim como até mesmo antes da votação da emenda através de mandado de segurança de legitimidade do congressista⁶⁵.

⁶³BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 192.

⁶⁴SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 68.

⁶⁵BRANCO, Paulo Gustavo Gonet e MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 143.

No próximo Capítulo será estudada a via de mudança informal das Constituições, por meio da mutação constitucional, com referências a sua legitimidade e limites a serem observados.

CAPITULO II: PROCESSO INFORMAL DE ALTERAÇÃO – MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

2.1. Aspectos Iniciais. Concepção de Mutação Constitucional

A Constituição é um documento que se pretende permanente, ultrapassando gerações e embasando o Direito de um determinado Estado durante muito tempo. Para tanto, como já observado, em razão das mudanças de ordem fática, é preciso que a Constituição esteja sempre se adaptando aos novos contextos, a fim de não ser deixada de lado, continuando a exercer seu papel de lei fundamental.

Para que se opere esta mudança do conteúdo constitucional com o fim de se adaptar às novas necessidades que surgem a todo tempo em uma sociedade em constante evolução, desenvolveram-se mecanismos de duas ordens, quais sejam: via formal e via informal. A forma mais tradicional de mudanças no texto da Constituição é aquela que se dá por meio da via formal, ou seja, através das reformas constitucionais, previstas no texto Constitucional. Já a via informal é definida como a mutação constitucional.

A mudança formal ou reformas constitucionais, anteriormente analisadas, decorrem de previsão da própria Constituição, a qual estabelece diferentes ritos para sua alteração, determinando que seu procedimento seja mais complexo do que aquele aplicado à lei ordinária, situação que comprova o caráter da rigidez constitucional.

Aqui, neste Capítulo, o que interessa são as mudanças informais da Carta Magna, assim o foco se encontra nas mutações constitucionais, as quais se caracterizam pela transformação sem que haja qualquer alteração do texto. Observa Luís Roberto Barroso que “a mutação está associada à plasticidade de que são dotadas inúmeras normas constitucionais”⁶⁶.

Uadi Lammêgo Bulos tratando do tema coloca que

o caráter dinâmico e prospectivo da ordem jurídica propicia o redimensionamento da realidade normativa, onde as constituições, sem revisões ou emendas, assumem significados novos, expressando uma

⁶⁶BARROSO, Luís Roberto. **Mutação Constitucional**. In: Estudos de Direito Constitucional em Homenagem à Prof. Maria Garcia. São Paulo: IOB Informações Objetivas e Publicações Jurídicas, 2008. p. 292.

temporalidade própria, caracterizada por um renovar-se, um refazer-se de soluções, que, muitas vezes, não promanam de reformas constitucionais⁶⁷

Konrad Hesse, em estudo sobre os limites da mutação constitucional, explica que o que se entende por mutação é resultado do entendimento do Tribunal Constitucional Federal alemão e da doutrina deste mesmo país, os quais conceituaram como uma modificação do conteúdo da norma que, apesar de manter esta nos mesmos termos redigidos originalmente, ganha uma significação diferente⁶⁸.

Verifica-se que o estudo do citado processo surge com a teoria constitucional alemã e com jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal ao final do séc. XIX e início do séc. XX ao definir a mudança de sentido de uma Constituição sem que seja observada a alteração de seu texto, conforme analisa Ana Victoria Sánchez Urrutia⁶⁹. Sendo assim, teria sido a doutrina da época de Weimar um antecedente para caracterizar os elementos definidores da mutação, com a busca do entendimento da relação entre dinâmica política e Constituição escrita.

Georg Jellinek, analisando o tema, constata o fenômeno da rigidez constitucional como insuficiente para garantir a força normativa da Constituição e define a mutação constitucional como a modificação que não afeta o texto formalmente, produzida sem intenção ou consciência, assim contrapondo-se à reforma que seria fruto de ações voluntárias⁷⁰.

Já Heller, de acordo com Sánchez Urrutia, trata a mutação constitucional como uma transformação da norma pela superação dos elementos regulados no texto, uma vez que os princípios jurídicos seriam conceitos que vão ganhando novos contornos todos os dias e deste modo propiciariam uma verdadeira revolução no entendimento do texto constitucional, salvaguardando a continuidade do direito à comunidade⁷¹. Neste contexto *“la normatividad del sistema constitucional está*

⁶⁷BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 1997. p. 53.

⁶⁸HESSE, Konrad. **Limites de la Mutación Constitucional**. In: *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 85.

⁶⁹SANCHEZ URRUTIA, Ana Victoria. **Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto**. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 20, Enero-Abril 2000. p. 105.

⁷⁰JELLINEK, Georg. **Reforma y Mutación de la Constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 07.

⁷¹SANCHEZ URRUTIA, Ana Victoria. **Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto**. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 20, Enero-Abril 2000. p. 117-118.

*intentando constantemente adecuarse a la normalidad. Cuando esta operación tiene éxito, se preserva la continuidad del ordenamiento*⁷².

Na análise sobre Smend Urrutia trata do conceito de Estado como uma integração espiritual e da relação deste com o indivíduo/sociedade. O Estado seria uma realização cultural que necessita constantemente de renovação e por ser considerado em uma realidade espiritual estaria em construção conjunta com o indivíduo em uma relação dinâmica de mútuo reflexo. Diante disso, a Constituição seria o ordenamento jurídico da integração estatal e sua interpretação deveria ser de modo amplo e flexível devido à natureza distinta das normas constitucionais em comparação às demais normas⁷³. Segundo Urrutia, “*Smend considera que la Constitución misma contiene los elementos para su propia transformación por vía de la mutación constitucional*”⁷⁴.

Quanto à teorização de Hsü Dau-Lin, a autora relata que para a compreensão da natureza do fenômeno mutacional é preciso que se entenda primeiramente o sentido e a natureza da Constituição em si mesma, com base na teoria da Constituição de Smend, compreendendo-se a mutação constitucional como resultado da unidade de sentido do Estado junto ao caráter evolutivo da sua realidade vital⁷⁵. A mutação é colocada como resultado de três características da Constituição, quais sejam: a incompletude e elasticidade de suas normas; as peculiaridades do Estado na regulação jurídica; e a ausência de uma instância superior capaz de garantir a sua existência⁷⁶.

Hesse, comparando e entrelaçando teorias anteriores ao seu trabalho, demonstra o desenvolvimento de uma fundamentação jurídico-constitucional sobre a mutação:

⁷²SANCHEZ URRUTIA, Ana Victoria. **Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto.** In: Revista Española de Derecho Constitucional, Año 20, Enero-Abril 2000, p. 118.

⁷³SANCHEZ URRUTIA, Ana Victoria. **Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto.** In: Revista Española de Derecho Constitucional, Año 20, Enero-Abril 2000, p. 119-123.

⁷⁴SANCHEZ URRUTIA, Ana Victoria. **Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto.** In: Revista Española de Derecho Constitucional, Año 20, Enero-Abril 2000, p. 123.

⁷⁵SANCHEZ URRUTIA, Ana Victoria. **Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto.** In: Revista Española de Derecho Constitucional, Año 20, Enero-Abril 2000, p. 132.

⁷⁶SANCHEZ URRUTIA, Ana Victoria. **Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto.** In: Revista Española de Derecho Constitucional, Año 20, Enero-Abril 2000, p. 133.

*el cambio de la Constitución no se produce a través de hechos de la "realidad" que actúan "desde fuera" sobre la Constitución, ni tampoco sólo a través de modificaciones de la "situación constitucional; por el contrario, la "realidad" es, por así decir, incorporada a la Constitución bajo la forma de la "necesidad política", cuyo sentido global es el de responder a esta necesidad*⁷⁷

Portanto, para o autor, a mutação não representa quebra no ordenamento ou uma simples regra convencional, mas sim corresponde às exigências e vitalidade de um Estado em evolução, ou seja, às necessidades políticas⁷⁸.

De acordo com Karl Loewenstein, a Constituição se apresenta como um organismo vivo, em constante movimento e sujeito à dinâmica da realidade, sendo que a mutação constitucional é colocada como uma possibilidade de acomodação do direito constitucional diante dos fatos. Assim, a mutação seria capaz de produzir uma transformação alterando as configurações do poder político, a estrutura social ou o equilíbrio de interesses ao mesmo tempo em que mantém o texto constitucional intacto⁷⁹.

Entendidas algumas teorias iniciais, pode ser observado que a mutação constitucional é um fenômeno de atribuição de novos sentidos ao texto constitucional que, segundo Lammêgo Bulos, ressalta novos significados até então ignorados e se dá por meio da interpretação nas suas diversas modalidades e métodos, da construção (*construction*) e dos usos e costumes constitucionais. E, ainda, essas lentas mudanças poderiam ser resultado da influência de grupos de pressão ou de quaisquer outros meios que provocam ou podem provocar alteração na realidade⁸⁰.

Anna Cândida da Cunha Ferraz, em conhecida obra sobre o tema, retoma Loewenstein para afirmar que a norma sofre mudanças imperceptíveis devido ao ambiente político e aos costumes e para definir que mutação

consiste na alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, através ora da

⁷⁷HESSE, Konrad. **Limites de la Mutación Constitucional**. In: Escritos de Derecho Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 94.

⁷⁸HESSE, Konrad. **Limites de la Mutación Constitucional**. In: Escritos de Derecho Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 89-90.

⁷⁹LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución. Vol. I**. Barcelona: Editorial Ariel, 1983. p. 164-165.

⁸⁰BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 1997. p. 57-61.

interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis, alterações essas que, em geral, se processam lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados um do outro, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas⁸¹

Estabelecido isso, elenca três requisitos básicos para que se verifique a ocorrência de mutação constitucional. São eles: a) alteração de sentido, significado ou alcance da norma constitucional; b) ausência de ofensa à letra ou ao espírito da Constituição; e c) utilização de meios diversos daqueles previstos de modo organizado para serem processados pelo poder constituinte derivado⁸².

Para Marcos Vinicius Martins Antunes o estudo da mudança informal é claramente observado na atividade do Poder Judiciário, na interpretação em concreto e em abstrato, assim como na atuação do Poder Executivo ao executar e assim interpretar as normas⁸³.

Luís Roberto Barroso resume bem o conceito ora tratado da seguinte forma:

mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação no seu texto. Este novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. Para que seja legítima, a mutação precisa ter lastro democrático, isto é, deve corresponder a uma demanda social efetiva por parte da coletividade, estando respaldada, portanto, pela soberania popular⁸⁴

Diante destas exposições, tem-se que a mutação constitucional não é um conceito uniforme para todos os doutrinadores e, portanto, serão apresentadas diversas classificações e espécies, questão a ser examinada em um próximo tópico. Além disso, resta entender de onde se retira a legitimidade para essa apreensão dos fatos pela Constituição vigente em um Estado.

⁸¹FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição**. São Paulo: Editora Max Limonad Ltda., 1986. p. 06-09.

⁸²FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição**. São Paulo: Editora Max Limonad Ltda., 1986. p. 11.

⁸³ANTUNES, Marcos Vinicius Martins. **Mudança Constitucional**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2003. p. 69.

⁸⁴BARROSO, Luís Roberto. **Mutação Constitucional**. In: Estudos de Direito Constitucional em Homenagem à Prof. Maria Garcia. São Paulo: IOB Informações Objetivas e Publicações Jurídicas, 2008. p. 295-296.

2.2. Espécies e Classificações de Mutações Constitucionais

Por mais que haja uma concordância entre muitos autores em relação à conceituação básica do que seriam as mutações constitucionais, podem ser encontradas distintas classificações internas dentro do conceito, assunto que será abordado neste ponto.

Primeiramente, expõe-se as três vias distintas de mutação apresentadas por Laband na Constituição do Reich, conforme analisa Ana Victoria Sánchez Urrutia, que seriam: regulação através de leis do Reich de elementos centrais do Estado não previstos ou previstos colateralmente pela Constituição; modificação de elementos centrais do Estado através de leis que contradizem o conteúdo da Constituição; e alteração dos elementos centrais por meio dos usos e costumes dos poderes públicos⁸⁵.

Em relação à Jellinek, pode-se afirmar que são elencadas algumas possibilidades de mutação constitucional. Primeiramente, a prática poderia ocorrer por obra parlamentar, administrativa ou jurisdicional, determinadas pela necessidade política de transformação⁸⁶. Ademais, a mutação ocorreria também em virtude de uma prática convencional, do desuso das faculdades estatais determinadas constitucionalmente ou do preenchimento de lacunas e a consequente integração da Constituição⁸⁷. Para o citado autor, o costume constitucional não se enquadraria como uma via informal de mudança da constituição por ser intencionado e assim caracterizar uma espécie de revisão constitucional.

A classificação de Hsü Dau-Lin, baseada na relação entre norma constitucional e realidade, segundo a qual se dão quatro casos de mutação, é bastante difundida, sendo citada por Urrutia⁸⁸, José Afonso da Silva⁸⁹, Uadi Lammêgo

⁸⁵SANCHEZ URRUTIA, Ana Victoria. **Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto.** In: Revista Española de Derecho Constitucional, Año 20, Núm. 58. Enero-Abril 2000. p. 108.

⁸⁶JELLINEK, Georg. **Reforma y Mutación de la Constitución.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 15-27.

⁸⁷JELLINEK, Georg. **Reforma y Mutación de la Constitución.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 37-43, 45-53.

⁸⁸SANCHEZ URRUTIA, Ana Victoria. **Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto.** In: Revista Española de Derecho Constitucional, Año 20, Núm. 58. Enero-Abril 2000. p. 126.

⁸⁹SILVA, José Afonso da. **Mutações Constitucionais.** In: Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a Constituição). São Paulo: Editora Malheiros, 2007. p. 287.

Bulos⁹⁰, entre outros. São os casos: a) práticas políticas que não violam formalmente a Constituição e que não têm regulamentação no texto constitucional; b) práticas constitucionais abertamente contrárias à previsão da Constituição; c) impossibilidade de exercício ou desuso de determinadas atribuições e competências descritas na Constituição; d) interpretação dos termos constitucionais com a transformação do sentido inicial das normas.

Ainda quanto aos estudos de Dau-Lin, Ana Urrutia⁹¹ aponta uma distinção entre mutações formais e materiais. As mutações constitucionais formais seriam aquelas operadas por mudança na letra da constituição quando o texto positivo não está mais em acordo com a situação constitucional efetiva, ou seja, há divergência entre o direito constitucional redigido e aquele efetivamente vigente. Já as mutações constitucionais materiais se caracterizariam pelo desenvolvimento de relações jurídicas em contradição com o sistema constitucional, poderiam ser casos de institutos jurídicos que não correspondam à Constituição ou até mesmo relações incongruentes com a intenção constitucional.

José Afonso da Silva⁹² e Marcus Vinicius Martins Antunes⁹³ citam as espécies de alterações informais previstas por Pedro de la Vega, o qual parte da classificação da Dau-Lin para analisar aspectos quantitativos e qualitativos das mutações constitucionais e que, resumidamente, define como agentes capazes de alterar a constituição: os atos normativos, os costumes e as convenções constitucionais.

Outra importante classificação acerca das mudanças constitucionais com preservação do texto legal é feita por Biscaretti Di Ruffia, a qual é tratada por Anna Cândida da Cunha Ferraz⁹⁴ e Lammêgo Bulos⁹⁵ em seu livros. As alterações seriam alocadas em dois grupos. Primeiramente seriam reunidas as modificações elaboradas em razão da atuação de órgãos estatais, sendo: a) de caráter normativo (como leis e regulamentos); b) de caráter jurisdicional (decisões judiciais,

⁹⁰BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 1997. p. 63.

⁹¹SANCHEZ URRUTIA, Ana Victoria. **Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto**. In: Revista Española de Derecho Constitucional, Año 20, Núm. 58. Enero-Abril 2000. p. 133.

⁹²SILVA, José Afonso da. **Mutações Constitucionais**. In: Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a Constituição). São Paulo: Editora Malheiros, 2007. p. 288.

⁹³ANTUNES, Marcus Vinicius Martins. **Mudança Constitucional – O Brasil Pós-88**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2003. p. 73.

⁹⁴FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição**. São Paulo: Editora Max Limonad Ltda., 1986. p. 12.

⁹⁵BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 1997. p. 63.

principalmente aquelas em controle de constitucionalidade). Já o segundo grupo englobaria as mudanças procedidas em virtude dos fatos, podendo ser: a) de caráter jurídico (costumes, por exemplo); b) de natureza político-social (assim como as normas convencionais e as regras de conduta correta em face da Constituição) ou a simples prática constitucional (podendo ser citado aqui o caso do legislador ordinário que ao deixar de elaborar normas de execução impede a realização efetiva dos mandamentos constitucionais).

Anna Cândida da Cunha Ferraz⁹⁶ faz uma divisão das mutações constitucionais entre as espécies derivadas da interpretação (legislativa, judicial, administrativa e outras) e do costume constitucional, além de mencionar os processos anômalos de mudança da Constituição que caracterizariam as mutações inconstitucionais.

Uadi Lammêgo Bulos esboça uma similar distinção dos fenômenos, elencando: a) mutações constitucionais realizadas em razão da interpretação constitucional, nas mais variadas modalidades e métodos; b) mutações constitucionais em consequência das práticas constitucionais; c) mutações em virtude da construção judicial; e d) mutações constitucionais que estão em desacordo com a Constituição por contrariá-la, ou seja, mutações inconstitucionais⁹⁷.

Luís Roberto Barroso, quanto ao assunto, divide as possibilidades de mutação constitucional através dos mecanismos de atuação, os quais seriam a interpretação, a atuação do legislador e o costume. A interpretação poderia ser produzida pelos três poderes, reconhecendo o autor uma possível primazia da interpretação judicial e, ainda, essa função integrativa a ser feita pelo intérprete poderia ser subdividida em categorias como a interpretação construtiva e a interpretação integrativa. A atuação legislativa interferiria no entendimento do texto constitucional quando através de um ato normativo primário fosse promovida a alteração de um sentido dado a uma norma constitucional⁹⁸. E, a última das possibilidades ventiladas se daria com o costume e seus variados papéis, descrito

⁹⁶FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição**. São Paulo: Editora Max Limonad Ltda., 1986.

⁹⁷BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 1997. p. 71.

⁹⁸BARROSO, Luís Roberto. **Mutação Constitucional**. In: Estudos de Direito Constitucional em Homenagem à Prof. Maria Garcia. São Paulo: IOB, 2008. p. 298-307.

como a possibilidade de proporcionar uma interpretação informal da Constituição, além de, por vezes, proceder a um trabalho atualizador do texto abarcando situações não previstas expressamente até então ou até mesmo entrar em conflito com a norma constitucional. Diante de tais casos, a doutrina elencaria três modalidades: *secundum legem* ou interpretativo, *praeter legem* ou integrativo e *contra legem* ou derogatório⁹⁹.

José Afonso da Silva, por sua vez, distingue o fenômeno como válido se produzido a partir de três práticas: a) atos de complementação constitucional; b) interpretação e construção constitucionais; c) práticas políticas sociais revertidas em convenções constitucionais¹⁰⁰. Os atos de complementação constitucional serviriam para desdobrar mandamentos constitucionais e assim as mudanças poderiam se dar por distorções da norma constitucional ou até mesmo pela inércia dos órgãos responsáveis que ensejaria a não aplicação das disposições previstas. A interpretação ocorreria pelos processos integrativo, de analogia ou de extensão normativa, modificando a área de alcance da norma. As práticas políticas-sociais influenciariam a Constituição na medida em que criam precedentes políticos capazes de interferir no significado dos preceitos.

Por fim, conforme se observa no estudo de diversos doutrinadores, existirá a espécie das mutações inconstitucionais. Lammêgo Bulos relata o problema afirmando que além de ocorrer uma violação da letra da Carta Constitucional, tais situações ultrapassam as medidas do controle de constitucionalidade¹⁰¹. Nas palavras de Anna Cândida da Cunha Ferraz seriam “modalidades de processos que introduzem alteração constitucional, contrariando a Constituição, ultrapassando os limites constitucionais fixados pelas normas”¹⁰². Luís Roberto Barroso analisa o fato asseverando que em situações de normalidade este tipo de mutação deverá ser rejeitado pelo Estado e pela sociedade, vindo a ocorrer uma situação anômala caso

⁹⁹BARROSO, Luís Roberto. **Mutação Constitucional**. In: Estudos de Direito Constitucional em Homenagem à Prof. Maria Garcia. São Paulo: IOB, 2008. p. 306.

¹⁰⁰SILVA, José Afonso da. **Mutações Constitucionais**. In: Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a Constituição). São Paulo: Editora Malheiros, 2007. p. 288-296.

¹⁰¹BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 1997. p. 71.

¹⁰²FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição**. São Paulo: Editora Max Limonad Ltda., 1986. p. 10.

assim não se proceda pois haveria sobreposição dos fatos em relação ao Direito vigente¹⁰³.

2.3. Legitimidade e Limites

Dado que a mutação constitucional é de fato um fenômeno presente no ordenamento constitucional, é essencial que se questione aonde se encontram a sua legitimidade e os seus limites.

Em primeiro lugar, trata-se sobre a legitimidade dos atos de alteração do significado constitucional com a permanência do texto nos seus moldes originais. As mudanças na Constituição com o intuito de adequar o seu conteúdo às demandas da vida social devem ter por base a ideia de poder constituinte. Enquanto nos casos de reforma constitucional (ou seja, via formal) encontramos a presença do poder constituinte derivado, criado e limitado pelo poder constituinte originário, diante das mutações constitucionais observaremos outra manifestação deste poder.

A fundamentação para tais atos, ligada também à ideia de legitimidade, segundo Luís Roberto Barroso se apreende de dois conceitos essenciais: rigidez da Constituição e plasticidade das suas normas. O equilíbrio dos conceitos é então explicado da seguinte forma: a rigidez pretende manter a estabilidade da ordem constitucional e a segurança jurídica, ao tempo em que a plasticidade tem por função adaptar o texto constitucional aos novos tempos e às novas demandas que com ele surgem. O objetivo das citadas características seria, em face de cada alteração da realidade, evitar o recurso a todo tempo aos processos formais e mais complexos de reforma¹⁰⁴.

Neste contexto, surge a necessidade de se cogitar da existência de uma terceira modalidade de poder constituinte, nos termos de Barroso:

o que se exerce em caráter permanente, por mecanismos informais, não expressamente previstos na Constituição, mas indubitavelmente por ela admitidos, como são a interpretação de suas normas e o desenvolvimento de costumes constitucionais. Esta terceira via já foi denominada por célebre publicista francês como poder constituinte difuso, cuja titularidade

¹⁰³BARROSO, Luís Roberto. **Mutação Constitucional**. In: Estudos de Direito Constitucional em Homenagem à Prof. Maria Garcia. São Paulo: IOB, 2008. p. 298.

¹⁰⁴BARROSO, Luís Roberto. **Mutação Constitucional**. In: Estudos de Direito Constitucional em Homenagem à Prof. Maria Garcia. São Paulo: Editora IOB, 2008. p. 297.

remanesce no povo, mas, que acaba sendo exercido por via representativa pelos órgãos do poder constituído, em sintonia com as demandas e sentimentos sociais, assim como em casos de necessidade de afirmação de certos direitos fundamentais¹⁰⁵

Barroso¹⁰⁶, Uadi Lammêgo Bulos¹⁰⁷, Anna Cândida da Cunha Ferraz¹⁰⁸, José Afonso da Silva¹⁰⁹, entre outros, reconhecem a importância do conceito de poder constituinte difuso implantado por Georges Burdeau. Para este autor, o poder constituinte difuso possibilitaria a alteração constitucional por meios difusos, distinguindo-se da obra do poder reformador, ou seja, permitiria a ocorrência de mutações constitucionais.

Anna Cândida explicita os objetivos desta terceira manifestação do poder constituinte, afirmando que a função constituinte difusa destina-se a continuar a obra do constituinte originário, preenchendo eventuais vazios constitucionais. Tal poder decorreria diretamente da Constituição e, portanto, seu fundamento está na lei fundamental mesmo que implícitamente, de forma difusa e inorganizada¹¹⁰.

Quanto aos limites a serem respeitados pelo poder constituinte difuso, temos na obra de Konrad Hesse o maior reconhecimento no assunto. Ana Victoria Sánchez Urrutia faz referência ao autor para delimitar a mudança de sentido da norma constitucional como aceitável quando não venha a ferir a sua própria literalidade ou a finalidade do documento constitucional¹¹¹. Como bem observa José Afonso da Silva, ignorar tais limites e permitir a sobreposição do fato em relação à norma extinguiria a noção de Constituição e de sua força normativa¹¹².

Para Konrad Hesse: *“el texto contiene, por encima de una mayor o menor necesidad de interpretación, elementos firmes respecto de los cuales, y apesar de*

¹⁰⁵BARROSO, Luís Roberto. **Mutação Constitucional**. In: Estudos de Direito Constitucional em Homenagem à Prof. Maria Garcia. São Paulo: Editora IOB, 2008. p. 297.

¹⁰⁶BARROSO, Luís Roberto. **Mutação Constitucional**. In: Estudos de Direito Constitucional em Homenagem à Prof. Maria Garcia. São Paulo: Editora IOB, 2008. p. 297.

¹⁰⁷BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 1997. p. 58.

¹⁰⁸FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição**. São Paulo: Editora Max Limonad Ltda., 1986. p. 10.

¹⁰⁹SILVA, José Afonso da. **Mutações Constitucionais**. In: Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a Constituição). São Paulo: Editora Malheiros, 2007. p. 285-286.

¹¹⁰FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição**. São Paulo: Editora Max Limonad Ltda., 1986. p. 10.

¹¹¹SANCHEZ URRUTIA, Ana Victoria. **Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto**. In: Revista Española de Derecho Constitucional. Año 20. Núm 58. Enero-Abril 200. p. 135.

¹¹²SILVA, José Afonso da. **Mutações Constitucionais**. In: Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a Constituição). São Paulo: Editora Malheiros, 2007. p. 297.

*intereses y precomprensiones opuestas, no cabe discusión*¹¹³. Deste modo, não são cabíveis certos questionamentos acerca de determinados mandamentos do texto constitucional, devendo este simplesmente ser respeitado em seus termos, isto porque a Constituição é encarada como instrumento de uma ordem plural e não somente dos grupos dominantes.

Hesse afirma que existiria um programa normativo capaz de determinar se a mudança fática estaria abarcada pelo âmbito normativo da norma e, desta forma, explica:

*si las modificaciones de la realidad social sólo deben considerarse relevantes para el contenido de la norma em cuanto forman parte del ámbito normativo, si el “programa normativo” resulta a este respecto determinante y si para este último resulta fundamental el texto de la norma, entonces el contenido de la norma constitucional sólo podrá modificarse en el interior del marco trazado por el texto. La fijación de este marco es una cuestión de interpretación, valiendo también para ella lo que es de aplicación a toda interpretación constitucional: Donde la posibilidad de una comprensión lógica del texto de la norma termina o donde una determinada mutación constitucional aparecería en clara contradicción com el texto de la norma, concluyen las posibilidades de interpretación de la norma y, con ello, las posibilidades de una mutación constitucional*¹¹⁴

Ademais, assevera que pelo citado motivo os limites da interpretação estariam situados naquele espaço aonde não há qualquer coisa estabelecida de forma vinculante pela Constituição, aonde acabam todas as possibilidades de uma compreensão lógica do texto da norma ou quando uma solução se encontra em evidente contradição com o texto da norma constitucional. Ou seja, a interpretação constitucional partindo da primazia do texto teria este como limite de sua atuação¹¹⁵.

Barroso aduz que a imposição de limites na alteração informal da constituição é essencial e o seu desrespeito fere o poder constituinte e, neste sentido, a própria soberania popular. Diante disso, nos mesmos moldes de Hesse, coloca como limites as opções semânticas da análise da norma, ou seja, os possíveis sentidos atribuídos

¹¹³HESSE, Konrad. **Limites de la Mutación Constitucional**. In: Escritos de Derecho Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 95.

¹¹⁴HESSE, Konrad. **Limites de la Mutación Constitucional**. In: Escritos de Derecho Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 101-102.

¹¹⁵HESSE, Konrad. **La Interpretación Constitucional**. In: Escritos de Derecho Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 48.

ao texto que será interpretado ou afetado e a manutenção dos princípios fundamentais que identificam e oferecem identidade a uma Constituição específica¹¹⁶.

Por outro lado, para Uadi Bulos, a interposição de limites às mutações constitucionais coloca-se como tarefa impossível por entender que se trata de uma atuação de forças elementares dificilmente identificáveis e explicáveis inseridas em um contexto de constante transformação. Portanto, entende o autor que somente poderia se cogitar de uma limitação de natureza subjetiva, em nível psicológico, que seria a consciência do intérprete em não extrapolar os preceitos traçados por meio de interpretações deformadoras¹¹⁷.

2.4. A Interpretação como Mutação

Anna Cândida da Cunha Ferraz ao tratar da interpretação constitucional afirma que a Constituição jamais é uma obra acabada, necessitando, portanto, de constante complementação¹¹⁸. Neste contexto, a interpretação é colocada como obrigatória para a atuação do texto, para a aplicação da norma constitucional e possui diversas definições, tais como: a) oferecer sentido a um texto expresso, ao texto constitucional; b) investigar o espírito da Constituição; c) reconhecer a vontade do legislador constituinte; d) buscar valores ou grupos de valores que podem estar inseridos no texto, procurando ordená-los com o fim de se apresentar uma aplicação em ordem preferencial e hierárquica; e) procurar o sentido possível da norma que esteja em consonância com a ordem ou realidade social na ocasião de aplicação do texto; f) reconhecer o significado da norma, atualizado e adequado às exigências concretas; g) selecionar um dentre vários significados embutidos na norma constitucional, entre outros¹¹⁹.

Conforme discorre Jorge Miranda sobre o assunto:

Só através desta tarefa se passa da leitura política, ideológica ou simplesmente empírica para a leitura jurídica do texto constitucional, seja

¹¹⁶BARROSO, Luís Roberto. **Mutação Constitucional**. In: Estudos de Direito Constitucional em Homenagem à Prof. Maria Garcia. São Paulo: Editora IOB, 2008. p. 297-298.

¹¹⁷BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 1997. p. 88-92.

¹¹⁸FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição**. São Paulo: Editora Max Limonad Ltda., 1986. p. 23.

¹¹⁹FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição**. São Paulo: Editora Max Limonad Ltda., 1986. p. 36.

ele qual for. Só através dela, a partir da letra, mas sem se parar na letra, se encontra a norma ou o sentido da norma. Não é possível aplicação sem interpretação, tal como esta só faz pleno sentido posta ao serviço da aplicação¹²⁰

Nesse sentido, Miranda aborda a interpretação constitucional apontando que devem ser considerados os condicionalismos e fins políticos inelutáveis e irreduzíveis, apesar de afirmar que no processo de interpretação não se pode visar diferentes coisas que não sejam as normas jurídicas correspondentes. Portanto, ao considerar e observar a realidade constitucional, deve o intérprete ter em mente que esta está sempre sujeita ao influxo das normas, não sendo meramente uma realidade de fato. Deve-se também atentar para os valores sem transformar a letra constitucional em subjetivismo ou emoção política, promovendo-se a circulação entre norma, realidade constitucional e valor. Reforça ainda o autor que se deve racionalizar sem formalizar, através de processos de subsunção e ponderação¹²¹.

Konrad Hesse considera que a função da interpretação é revelar um resultado constitucionalmente correto por um procedimento racional, controlável e fundamentado, capaz de oferecer certeza e previsibilidade jurídica, opondo-se aos riscos do acaso¹²². Deste modo, expõe que a interpretação constitucional teria um caráter criativo, uma vez que “*el contenido de la norma interpretada sólo queda completo con su interpretación*”¹²³.

Para Gomes Canotilho a função de interpretar caminha neste mesmo sentido, sendo que a atribuição de significados aos símbolos linguísticos objetiva a obtenção de resoluções para problemas concretos que devem ser normativo-constitucionalmente fundamentadas. Posto isto, apresenta três dimensões essenciais da interpretação: (1) interpretar a constituição pode ser entendido como a busca do direito contido nas normas constitucionais; (2) a investigação do direito presente na lei constitucional resulta em uma atividade complexa que pode ser explicada fundamentalmente na adscrição de significados aos enunciados ou

¹²⁰MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Tomo II.** Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 296-297.

¹²¹MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Tomo II.** Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 303-304.

¹²²HESSE, Konrad. **La Interpretación Constitucional.** In: Escritos de Derecho Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 35.

¹²³HESSE, Konrad. **La Interpretación Constitucional.** In: Escritos de Derecho Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 40-41.

disposições linguísticas, ou seja, ao texto da norma; (3) o ato de interpretar tem como produto o significado atribuído ao texto¹²⁴.

Quanto ao assunto, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco destacam o grande potencial da atribuição de sentido a um preceito constitucional, tendo em vista os variados efeitos na ordem jurídica, além de ser uma atividade relevante para a vida social e para a definição do Direito. Perante as Constituições contemporâneas, a questão se tornaria ainda mais interessante, com a inclusão de debates políticos e morais à realidade do aplicador¹²⁵.

Há praticamente um consenso na doutrina segundo o qual as normas constitucionais devem obedecer às regras de interpretação também aplicáveis às demais normas jurídicas, porém autores destacam peculiaridades do texto constitucional que devem ser consideradas por ocasião da interpretação. Neste sentido, estabelece Luís Roberto Barroso: a superioridade hierárquica, a natureza da linguagem, o conteúdo específico e o caráter político do texto constitucional¹²⁶.

Em sentido similar aponta Jorge Miranda ao afirmar quatro postulados para a realização da força normativa da Constituição por meio da interpretação, são eles: a unidade, a identidade, a efetividade e a supremacia. A unidade é a compreensão da Constituição como um todo em harmonia, sendo chave da sua identidade. A efetividade é fruto da incindibilidade entre interpretação e aplicação, além de determinar a atribuição da maior eficácia possível à norma. A supremacia é invocada para determinar que a lei deve ser interpretada de acordo com a Constituição e não o contrário¹²⁷.

Barroso, resumidamente, classifica as interpretações em diversas formas. Uma primeira ideia abarca questão histórica dos Estados Unidos e divide os intérpretes em subjetivistas e objetivistas, conforme a busca pela *mens legislatoris* (os primeiros) ou pela *mens legis* (os segundos). Uma segunda classificação divide a interpretação em: legislativa, administrativa, judicial, doutrinária e autêntica. Em relação ao seu alcance, a interpretação será: declaratória, extensiva ou restritiva.

¹²⁴CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria Constitucional**. Coimbra: Edições Almedina, 2003 p. 1200-1201.

¹²⁵BRANCO, Paulo Gustavo Gonet e MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 92-93.

¹²⁶BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 111.

¹²⁷MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Tomo II**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 304-307.

Ainda, quanto aos métodos, há a divisão entre: gramatical, histórica, sistemática e teleológica¹²⁸.

Ainda que se diferenciem métodos e se pretendam criar classificações, a doutrina está de acordo que estes devem ser utilizados em conjunto, pretendendo sempre a melhor solução para o caso concreto. A conjugalidade de diversas técnicas se mostra importante, assim os métodos são considerados complementares nas palavras de Uadi Lammêgo Bulos:

porque nem se excluem reciprocamente, nem operam de modo isolado, mas em conjunto. Um método complementa o outro, formando a unidade interpretativa, cabendo ao intérprete, consciente da fragilidade das técnicas de interpretação, utilizar todos os recursos disponíveis que, ao se combinarem, diante da situação concreta, propiciarão a descoberta do sentido, significado e alcance da disposição normativa¹²⁹

Aprofundando o estudo sobre os métodos, Gilmar Mendes e Paulo Branco¹³⁰ apresentam algumas observações. O método clássico determinaria uma interpretação com a utilização de recursos comuns às outras leis, preconizados por Savigny: a interpretação sistemática, histórica, lógica e gramatical. O método da tópica, por sua vez, consideraria a Constituição um conjunto aberto de regras e princípios, devendo o aplicador selecionar aquilo que seja próprio para a solução mais justa possível para o caso concreto. Já o método científico-cultural, idealizado por Smend, proporia uma interpretação que aproxime a Constituição ao sistema de valores a ela subjacente, mesmo que se considere o sistema cambiante.

Por último, tratam com mais detalhes do método hermenêutico-concretizador, o qual se preocupa com o caso concreto, apesar de estabelecer o primado do texto constitucional e assim determinar que o intérprete inicie seu trabalho no significado do enunciado, dentro de circunstâncias históricas concretas, sem, contudo, ignorar as particularidades do problema concreto. Apontam os autores que o desenvolvimento deste último se deu com Müller e o seu método jurídico-estruturante, contexto no qual a norma tem seu conteúdo e estrutura compostos pela realidade social em que está situada, tendo em vista que não se resume apenas ao

¹²⁸BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 116-150.

¹²⁹BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutações Constitucionais**. São Paulo: Editora Saraiva, 1997. p. 108.

¹³⁰BRANCO, Paulo Gustavo Gonet e MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 104-105.

seu próprio texto. Diante deste último método, entendem que para auxílio do intérprete são propostos limites por Konrad Hesse.

Canotilho também agrega importância ao método hermenêutico-concretizador, afirmando que este parte da leitura do texto normativo através da sua pré-compreensão pelo intérprete. Assim, a interpretação constitucional surge como uma compreensão de sentido, com a atividade prático-normativa por parte do intérprete que preenche a norma de conteúdo jurídico e a concretiza para e a partir de uma possibilidade concreta¹³¹.

Por qualificar as regras tradicionais como insuficientes para resolver a questão da interpretação, Hesse, seguido por Canotilho, teria estabelecido os princípios da interpretação constitucional, aos quais cabe a missão de orientar o processo de relação, coordenação e valoração de elementos capazes de solucionar o problema concreto. O primeiro seria a unidade da Constituição, a partir do qual se interpreta o texto constitucional sem contradições com ele mesmo. Depois viria o princípio da concordância prática, determinando a coordenação entre os bens jurídicos protegidos constitucionalmente. Em seguida, o critério da correção funcional e a eficácia integradora da Constituição. E, por fim, a força normativa da Constituição, permitindo a máxima eficácia do texto¹³².

Mesmo que estabelecidos tais princípios e reconhecida a sua utilidade no processo de interpretação, além de se observar que entre eles não há qualquer hierarquia, deve-se destacar que não é um método plenamente eficaz, tratando-se tão somente de prescrições a serem observadas quando se realiza o trabalho interpretativo. A utilização do método hermenêutico-concretizador vem se desenvolvendo no contexto das interpretações, entretanto não se pode esquecer a necessidade de utilização de todos os métodos diante do caso concreto, como apontando anteriormente por Bulos, buscando-se sempre a melhor solução para a situação real.

Observadas as amplas possibilidades de interpretação constitucional, resta evidente que esta se torna um importante instrumento de mutação constitucional. Anna Cândida lembra que interpretação é apontada constantemente pela doutrina

¹³¹CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria Constitucional**. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 1212.

¹³²HESSE, Konrad. **La Interpretación Constitucional**. In: *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 45-48.

como um mecanismo de mutação constitucional, pois capaz de atribuir novos conteúdos ao texto da Constituição através de procedimento silencioso¹³³. Dessa forma, determina o que seriam as interpretações constitucionais orgânicas, realizadas por órgãos que retiram da própria Constituição sua competência e as divide em: legislativa, judicial e administrativa.

Posto isto, elenca como alternativas de aferição de mutação através da via interpretativa: a) a partir de um possível alargamento do sentido do texto presente na Constituição, com um conseqüente aumento de abrangência capaz de incluir a previsão relativa a novas realidades; b) pela atribuição de um sentido determinado e efetivamente concreto ao texto constitucional; c) quando há modificação de uma interpretação anterior e assim é atribuído um novo sentido de acordo com a evolução da realidade constitucional; d) por meio de adaptação do texto constitucional a uma nova realidade que não fora prevista quando da elaboração da Constituição; e) quando é feita a adaptação do texto constitucional objetivando atender exigências específicas do momento de aplicação; f) pelo preenchimento através da via interpretativa de lacunas do texto constitucional¹³⁴.

Vislumbradas as possibilidades, para a autora, a mutação constitucional no processo de interpretação se deveria à presença de determinados fatores, quais sejam: o caráter sintético, genérico e esquemático das normas constitucionais; a linguagem diferenciada do texto constitucional, marcada por conceitos elásticos; a presença de lacunas e obscuridades; as diferentes categorias de normas constitucionais; os diferentes métodos interpretativos aplicados à Constituição; e o conteúdo ou natureza política de suas normas¹³⁵.

Ao analisar o tema, Uadi Bulos entende que as mutações constitucionais podem ser provocadas por todos os métodos de interpretação, sendo variável o grau de extensão, com a atribuição de novos sentidos ou conteúdos anteriormente deixados de lado aos dispositivos constitucionais, tornando plenamente possível a alteração da Constituição em termos não disciplinados por ela mesma

¹³³FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição**. São Paulo: Editora Max Limonad Ltda., 1986. p. 53-57.

¹³⁴FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição**. São Paulo: Editora Max Limonad Ltda., 1986. p. 58-59.

¹³⁵FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição**. São Paulo: Editora Max Limonad Ltda., 1986. p. 61-62.

anteriormente¹³⁶. Uadi então arrola possibilidades de mutação, entre elas: restrição/limitação do significado da norma, interpretação do produto legislado (contexto técnico-linguístico, antinômico e lacunoso) e interpretação orgânica (executada por órgãos do Estado)¹³⁷.

Por fim, cita-se o excelente apontamento de Barroso sobre o tema:

deve o intérprete atualizar o sentido das normas constitucionais (interpretação evolutiva) e produzir o melhor possível para a sociedade (interpretação pragmática). A interpretação constitucional, portanto, configura uma atividade concretizadora – i.e. Uma interação entre o sistema, o intérprete e o problema – e construtiva, porque envolve a atribuição de significados aos textos constitucionais que ultrapassam sua dicção expressa¹³⁸

Diante do exposto, guardadas as considerações feitas, no próximo ponto serão analisadas algumas particularidades que tangem à interpretação judicial, importante mecanismo de atualização do texto constitucional e de efetivação de direitos nele consagrados.

2.5. A Interpretação Judicial como Mecanismo de Alteração Informal

Atualmente conhecemos o conceito de sociedade aberta dos intérpretes de Peter Häberle, segundo a qual

todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta, ou até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico¹³⁹

Entretanto, mesmo que todos sejam considerados intérpretes em potencial do texto constitucional, não há como se negar a importância oferecida à interpretação judicial. Neste contexto, Jorge Miranda entende que apesar de se aceitar a presença dos mais variados intérpretes da Constituição, capazes de apresentarem suas

¹³⁶BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutações Constitucionais**. São Paulo: Editora Saraiva, 1997. p. 118.

¹³⁷BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutações Constitucionais**. São Paulo: Editora Saraiva, 1997. p. 121-134.

¹³⁸BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 310-311.

¹³⁹HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 15.

leituras, apenas os Tribunais, como competentes para administrar a justiça, é que fariam uma interpretação jurídico constitucional vinculativa¹⁴⁰.

Reconhecendo a participação de diversos intérpretes no processo, Anna Cândida da Cunha Ferraz expõe seu entendimento ao afirmar que a interpretação judicial é considerada dentro das espécies de interpretação orgânica como a mais importante. Sua relevância seria encontrada na repercussão das decisões judiciais e às especiais características dessa modalidade. A atuação seria observada através de decisões que aplicam a Constituição a casos concretos, basicamente de duas formas: com a simples aplicação da norma constitucional na resolução da lide ou com o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos¹⁴¹.

Quanto às mudanças informais da Constituição operadas pelo Judiciário, Anna Cândida assevera que considerando os processos não formais de alteração da constituição, ou seja, a mutação constitucional, a interpretação judicial trabalha em um relevante papel. Entende que através da interpretação constitucional desenvolvida pelos Tribunais há uma importante transformação de significado e alcance da Constituição, com a evolução do sentido das disposições e normas, procedendo-se a uma adaptação do texto constitucional ao momento presente que é a realidade social verdadeiramente existente¹⁴².

Considera assim que ao juiz cabe a tarefa de compreensão da disposição constitucional para aplicá-la da forma mais adequada ao caso concreto. Do juiz seria esperada uma conduta de aplicação da justiça e ao aplicar a Constituição os objetivos iriam mais além, com a proteção e guarda da Lei Suprema. Seria sempre buscada a aplicação mais apropriada, com a observação do presente ao mesmo tempo em que se volta para o futuro, porém sem se esquecer ou eliminar o passado¹⁴³.

Conforme a doutrina demonstra, teria sido com o direito norte-americano que a interpretação judicial teve seu maior desenvolvimento e importância, uma vez que desde o início da história constitucional daquele país foi atribuído aos juízes o

¹⁴⁰MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Tomo II.** Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 303.

¹⁴¹FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição.** São Paulo: Editora Max Limonad Ltda., 1986. p. 102-104.

¹⁴²FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição.** São Paulo: Editora Max Limonad Ltda., 1986. p. 126.

¹⁴³FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição.** São Paulo: Editora Max Limonad Ltda., 1986. p. 128.

essencial papel de controlar a constitucionalidade das normas. E mais, o caráter dificultoso previsto para o processo formal de reforma também em muito influenciou, restando ao judiciário o papel de colocar o texto constitucional em coordenação com a dinâmica social. Luís Roberto Barroso ao realizar essa análise histórica, aponta que a evolução norte-americana no tema é devido ao caráter sintético da Constituição aliado ao perfil criativo da atividade jurisdicional¹⁴⁴.

Discorrendo sobre o assunto, Anna Cândida considera ser importante destacar peculiaridades relativas à extensão e aos limites da atividade interpretativa jurisdicional. Em primeiro lugar, aponta que quanto mais genérica e concisa for a Constituição, maior será a atividade interpretativa judicial, sendo também que esta será mais recorrente quanto maiores forem as limitações impostas aos poderes constituídos, em especial ao Poder Legislativo. Posteriormente, coloca como importante destacar que quando há controle judicial todas as matérias constitucionais estão submetidas ao exame do Poder Judicial, podendo este decidir por meio do sistema de controle difuso ou concentrado, sem influência significativa de qualquer tipologia de normas constitucionais. Por fim, problematiza acerca do controle quanto à limitação da atuação do Poder Judiciário ao interpretar a norma constitucional, visto que em razão de ser um poder constituído é também submetido à Constituição¹⁴⁵.

Verificadas as características, Anna Cândida reúne como modalidades do processo de mutação constitucional realizados pela via judicial e apresentados pela doutrina a interpretação evolutiva ou adaptadora e adequadora ao se pretender, por meio da interpretação judicial, a adaptação ou adequação do conteúdo, alcance ou significado do texto constitucional nas seguintes situações: (a) mudança no sentido da linguagem; (b) na insurgência de novas situações; (c) com a evolução dos valores que estão positivados na Constituição; (d) quando há mudança de intenção dos intérpretes (sendo considerada válida pois se enquadra nos limites previstos pela Constituição aos poderes constituídos; (e) na resolução de obscuridades do texto. Ademais, cita a possibilidade de a construção jurisprudencial gerar mutação quando se questiona acerca da probabilidade de aplicação da norma constitucional

¹⁴⁴BARROSO, Luís Roberto. **Mutação Constitucional**. In: Estudos de Direito Constitucional em Homenagem à Prof. Maria Garcia. São Paulo: IOB, 2008. p. 293.

¹⁴⁵FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição**. São Paulo: Editora Max Limonad Ltda., 1986. p. 105-111.

a situações que não estão previstas expressamente no texto, apesar de dele decorrerem ou, ainda, de emanarem por imperativos lógicos ou do próprio sistema constitucional. Caberia então falar-se em interpretação criativa e analógica quando se vislumbra a atividade jurisprudencial realizando o preenchimento de lacunas ou a correção de omissões da Constituição, independentemente de previsão anterior feita pelo poder constituinte¹⁴⁶.

Uadi Lammêgo Bulos coloca a interpretação sistemática como um instrumento acolhido pelos meios jurídicos, uma vez que pretende organizar uma unidade de sentido entre as disposições constitucionais através da relação e da interdependência entre as mesmas, principalmente quando se trata de textos constitucionais amplos¹⁴⁷. Sendo assim a interpretação sistemática, de acordo com o autor, “se compatibiliza com os propósitos relativos à apreensão do conteúdo, do sentido, da determinabilidade conceitual, das fórmulas gerais e elásticas, breves e esquemáticas, próprias daqueles termos vagos e ambíguos da Constituição”¹⁴⁸.

Outros autores citam a interpretação evolutiva como mecanismo capaz de gerar mutações, esta permitindo que novos conteúdos sejam admitidos no texto constitucional devido a mudanças de caráter histórico, político ou social, conteúdos estes ausentes quando da elaboração da Constituição.

Para Barroso, a função integrativa a ser realizada pelo intérprete pode ocorrer de diferentes formas, merecendo destaque a interpretação construtiva e a interpretação evolutiva. O autor considera importante a diferenciação entre as duas possibilidades citadas, estabelecendo que a interpretação construtiva seria uma ampliação do alcance da Constituição enquanto a interpretação evolutiva seria a aplicação do texto constitucional a situações não existentes à época da elaboração da Constituição mas que no momento da interpretação estariam em coordenação com o espírito da Carta¹⁴⁹.

Basicamente:

A diferença essencial entre uma e outra está em que, na interpretação construtiva, a norma alcançará situação que poderia ter sido prevista, mas

¹⁴⁶FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição**. São Paulo: Editora Max Limonad Ltda., 1986. p. 128-130.

¹⁴⁷BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 1997. p. 109.

¹⁴⁸BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 1997. p. 109.

¹⁴⁹BARROSO, Luís Roberto. **Mutação Constitucional**. In: Estudos de Direito Constitucional em Homenagem à Prof. Maria Garcia. São Paulo: IOB, 2008. p. 300-301.

não foi; ao passo que, na interpretação evolutiva, a situação em exame não poderia ter sido prevista, mas, se pudesse, deveria ter recebido o mesmo tratamento¹⁵⁰

Quanto à interpretação construtiva, Anna Cândida salienta que esta espécie ao realizar a atividade de ajuste das normas da Constituição a uma sociedade que se encontra em evolução, a uma situação ou comportamento não disciplinados expressamente no corpo constitucional, pode ser observado um meio extremamente poderoso de mutação constitucional¹⁵¹.

Konrad Hesse também reconhece a importância da interpretação construtiva, desde que respeitados os limites da finalidade e vontade normativa, para apreender a dinâmica social, sendo este fenômeno fundamental para a preservação da força normativa da Constituição e sua estabilidade¹⁵².

Porém, Luís Roberto Barroso não considera que as interpretações construtiva e evolutiva se confundam necessariamente com a mutação constitucional, o autor entende que para que esta se dê é necessário contraste entre entendimentos. Deste modo, expõe que a mutação constitucional através da interpretação deve ser definida como a mudança no sentido da norma em via oposta a um entendimento preexistente. E assim conclui que como a norma só existe depois da interpretação que lhe é vinculada, a mutação constitucional será verificada quando houver a alteração de uma interpretação previamente atribuída ao texto constitucional¹⁵³.

A autora Anna Cândida da Cunha Ferraz menciona a presença de traços peculiares relativos ao exercício da atividade interpretativa pelos órgãos judiciários, os quais seriam: obrigatoriedade, primariedade, atuação mediante provocação e em casos concretos; e quanto aos efeitos: definitividade, mutabilidade e caráter vinculante¹⁵⁴.

A obrigatoriedade pode ser observada na impossibilidade de o judiciário se abster de decidir uma controvérsia que lhe é apresentada. A primariedade é

¹⁵⁰BARROSO, Luís Roberto. **Mutação Constitucional**. In: Estudos de Direito Constitucional em Homenagem à Prof. Maria Garcia. São Paulo: IOB, 2008. p. 301.

¹⁵¹FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição**. São Paulo: Editora Max Limonad Ltda., 1986. p. 48.

¹⁵²HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 23.

¹⁵³BARROSO, Luís Roberto. **Mutação Constitucional**. In: Estudos de Direito Constitucional em Homenagem à Prof. Maria Garcia. São Paulo: IOB, 2008. p. 301.

¹⁵⁴FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição**. São Paulo: Editora Max Limonad Ltda., 1986. p. 116-122.

baseada em classificação adotada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho e assim considerada porque a interpretação é atividade desenvolvida com fundamento direto na Constituição. Quanto à provocação, coloca-se que a interpretação judicial necessita ser provocada e assim é imprescindível a presença de um processo judicial.

Sobre os efeitos, a definitividade é verificada quando há previsão de controle jurisdicional dos atos dos demais poderes por via prejudicial ou de ação, sobretudo se há a atribuição de interpretação e aplicação da Constituição a uma Corte Suprema. Porém, isso não significará imutabilidade, tendo em vista que a interpretação pode ser regularmente alterada pela Corte Constitucional quando reexamina a matéria, por uma emenda formal, por reforma da lei considerada inconstitucional ou até mesmo por manifestação popular. Ainda, o caráter vinculante é examinado em relação às partes do processo, não ultrapassando estas se não houver previsão no ordenamento, sem se ignorar o papel atribuído à força da jurisprudência.

Uadi Bulos resume os caracteres em apenas três, coincidentes com parte das peculiaridades apresentadas por Anna Cândida, são eles: obrigatoriedade, primariedade e definitividade. Primariedade e definitividade divergem um pouco da classificação apresentada, sendo que aquela se refere ao fato de a interpretação judicial ocorrer por provocação e esta às Cortes Constitucionais que podem dar a última palavra aos litígios que lhe são apresentados¹⁵⁵.

Portanto, diante dos caracteres, dos mecanismos e das possibilidades oferecidas pela interpretação judicial não há como não se resguardar seu espaço no contexto das mudanças informais da Constituição. Ainda que a interpretação em si não gere automaticamente a mutação, é através dela que os novos fatos e objetos de tutela constitucional são apreendidos. Sendo assim, no próximo Capítulo serão observados aspectos práticos dessa influência do Poder Judiciário na dinâmica social.

¹⁵⁵BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 1997. p. 133.

CAPITULO III: ASPECTOS PRÁTICOS SOBRE A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL - A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.

3.1. A mutação constitucional na conquista de direitos

Conforme analisado até agora, a mutação constitucional se mostra como um importante instrumento de atualização do texto constitucional. Pelas suas mais variadas formas e principalmente com o auxílio da interpretação judicial pode se tornar um mecanismo capaz de efetivar direitos na ordem jurídica. O papel dos juristas assim se destaca por ser uma interpretação dotada de força vinculativa, capaz de influenciar diretamente o desenvolvimento da sociedade.

Ainda que se corra o risco de ter como resultado uma mutação inconstitucional, por estar em desacordo com o ordenamento ou desrespeitar os limites do texto, não podemos descartar as novas possibilidades que surgem com a interpretação. As mutações constitucionais são assim capazes de promover a conquista de direitos previstos que inicialmente poderiam parecer distantes, mas que com a evolução da sociedade se tornam óbvios e devem ser respeitados e efetivados.

Portanto, como ferramenta de acesso à justiça e aos direitos fundamentais, a mutação constitucional pode possibilitar o acolhimento de novas demandas e situações que se encontrem em acordo com o ordenamento constitucional e que até então restavam desprotegidas por não se encontrarem expressamente previstas na Lei.

Uma sociedade plural, dinâmica e que se pretenda justa deve estar apta a atender às mais diversas necessidades, respeitando as diferenças e coordenando o bem comum. Não há como se cogitar de uma sociedade plural que não reconheça o valor do outro e não o respeite ao menos basicamente. Deste modo, a todos devem ser assegurados direitos básicos, situação que como se mostrará adiante poderá ser fruto de uma mutação constitucional.

No próximo ponto será analisado um caso concreto no qual através do fenômeno da mutação constitucional foram garantidos direitos que até então eram negados a um determinado grupo de pessoas. No entanto, por estar em

conformidade com a lógica constitucional se mostrou essencial uma nova leitura, ou seja, uma nova interpretação das normas envolvidas.

3.2. Um caso concreto: a União Homoafetiva

Um recente caso de mutação constitucional interessante de ser analisado para que sejam vislumbrados aspectos práticos do tema até então tratado é o referente ao reconhecimento da união homoafetiva pelo Supremo Tribunal Federal. A discussão acerca da união estável homoafetiva chegou ao STF através da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132.

A ADI ajuizada pela Procuradoria Geral da República pleiteava a interpretação conforme a Constituição do artigo 1.723¹⁵⁶ do Código Civil para que nele fosse incluída a proteção aos relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo com a intenção de constituição de família. A ADPF, por sua vez, ajuizada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, foi apresentada no mesmo sentido, alegando que o não reconhecimento da união homoafetiva feria princípios consagrados no texto da Constituição.

Os argumentos sobre a questão giraram sobretudo em torno de princípios constitucionais, com a afirmação de que o não recolhimento pelo direito da união entre pessoas do mesmo sexo estaria ferindo a igualdade¹⁵⁷, a liberdade¹⁵⁸ e a

¹⁵⁶Art. 1.173 - É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. § 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente. § 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

¹⁵⁷Art. 5º, caput - Art. 5º **Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza**, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, **à igualdade**, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos (grifei)

¹⁵⁸Art. 5º, caput - Art. 5º **Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza**, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, **à liberdade**, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos (grifei)

dignidade da pessoa humana¹⁵⁹. Ademais, restariam prejudicados a proteção à segurança jurídica¹⁶⁰ e a vedação à discriminação odiosa¹⁶¹.

Aqueles que se posicionavam contra a demanda apresentada na ADI 4277 e na ADPF 132 reuniam seus argumentos basicamente ao redor da previsão constitucional do § 3º do artigo 226¹⁶² para afirmar que a Constituição garantia a proteção apenas aos casos de união estável que envolvessem homens e mulheres, pois assim está a letra da Lei Maior, sendo incabível se cogitar de uma proteção equivalente aos homossexuais que através de seus relacionamentos tivessem a intenção de constituir uma entidade familiar.

A questão ganhou importância nos dias atuais devido à sociedade plural em que vivemos, com a aceitação das mais diversas escolhas feitas pelos indivíduos. No atual estágio da realidade brasileira era plenamente incompatível com a nossa ordem constitucional e evolutiva admitirmos que casais homoafetivos estivessem em um patamar de proteção e segurança jurídica abaixo daquele oferecido aos casais heterossexuais. Infelizmente era isso que ocorria pois apesar de termos algumas decisões esparsas reconhecendo direitos aos casais homoafetivos a grande maioria da sociedade e até mesmo do Poder Judiciário analisavam a situação carregados de preconceitos.

Com o encaminhamento da questão ao STF se pretendeu uma uniformização de argumentos e decisões, completamente em acordo com as necessidades demonstradas pela realidade, com a efetivação nada mais do que justa aos que se encontravam à margem de uma proteção que a todos é garantida no texto constitucional.

A distribuição dos processos atribuiu a relatoria ao Ministro Ayres Britto o qual se posicionou pela procedência dos pedidos, assim como todos os demais ministros

¹⁵⁹Art. 1º, III Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - **a dignidade da pessoa humana** (grifei)

¹⁶⁰Art. 5º, caput - Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à **segurança** e à propriedade, nos seguintes termos (grifei)

¹⁶¹Art. 3º, IV Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...)IV - **promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação** (grifei)

¹⁶²Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

do Supremo, com o reconhecimento da união homoafetiva por decisão unânime. O Ministro traça em seu voto um interessante caminho que aborda critérios de sexualidade e a superação das discriminações em razão destas, merecendo destaque a seguinte passagem:

O que significa o óbvio reconhecimento de que **todos são iguais em razão da espécie humana de que façam parte e das tendências ou preferências sexuais que lhes ditar, com exclusividade, a própria natureza, qualificada pela nossa Constituição como autonomia de vontade**. Iguais para suportar deveres, ônus e obrigações de caráter jurídico-positivo, iguais para titularizar direitos, bônus e interesses também juridicamente positivados¹⁶³

O Ministro Marco Aurélio, por sua vez, sintetiza a questão em seu denso voto, apresentando uma evolução no direito de família brasileiro, apontando os avanços que sofreram a legislação e a própria realidade. Para tanto, analisa minuciosamente a letra do artigo 226 da Constituição. Primeiramente cita o §5º do artigo 226 da Carta Magna que igualou homens e mulheres em relação aos direitos e deveres conjugais, sendo imposta a mais absoluta igualdade dentro da própria família. Depois, o §4º para observar a inserção no contexto jurídico das chamadas famílias monoparentais, as quais têm por formação apenas um dos genitores e os filhos. E, por fim, discorre sobre o §3º do mesmo artigo, aduzindo que este expressamente determinou o reconhecimento dos efeitos jurídicos das uniões estáveis ao Estado. Diante de tais análises, conclui o Ministro pela modificação paradigmática no direito de família, com a transformação em um direito “das famílias”, ou seja, das famílias plurais, superando a ideia de família matrimonial resultante do casamento¹⁶⁴. Nas palavras de Marco Aurélio:

Em detrimento do patrimônio, elegeram-se o amor, o carinho e a afetividade entre os membros como elementos centrais de caracterização da entidade familiar. Alterou-se a visão tradicional sobre a família, que deixa de servir a fins meramente patrimoniais e passa a existir para que os respectivos membros possam ter uma vida plena comum. Abandonou-se o conceito de família enquanto “instituição-fim em si mesmo”, para identificar nela a qualidade de instrumento a serviço da dignidade de cada partícipe, como defende Guilherme Calmon Nogueira da Gama (Direito de família e o novo Código Civil, p. 93, citado por Maria Berenice Dias, Manual de direito das famílias, 2010, p. 43)¹⁶⁵

¹⁶³Voto Ministro Ayres Britto na ADI 4277 p. 28.

¹⁶⁴Voto Ministro Marco Aurélio na ADI 4277 p. 09-10

¹⁶⁵Voto Ministro Marco Aurélio na ADI 4277 p. 10.

Mais adiante defende então que a Constituição Federal de 1988 admitiria a união homoafetiva como uma entidade familiar, pois o reconhecimento como tal dependeria apenas de uma opção livre e responsável eleita pelos indivíduos com o objetivo de constituição de vida em comum. A constituição de vida em comum aliada à promoção da dignidade dos membros envolvidos na relação, com base no afeto entre eles existente, em nada afetaria a Constituição, mas sim com esta estaria em consonância¹⁶⁶.

Portanto, com base nos fundamentos apresentados, conclui o Ministro Marco Aurélio que é uma obrigação constitucional do Estado brasileiro reconhecer as uniões homoafetivas com a atribuição de seus respectivos efeitos jurídicos e o enquadramento de que se trata de uma instituição familiar. Aponta que um entendimento contrário estaria em total discrepância com as garantias e direitos fundamentais, valorando posicionamentos preconceituosos, tornando mesquinha a personalidade do ser humano, além de ignorar um fenômeno social, acreditando na falsa ideia de que a vida em comum entre pessoas do mesmo sexo com a intenção familiar não existe ou não passa de um acontecimento irrelevante para a sociedade¹⁶⁷.

O Ministro Marco Aurélio propõe em seu voto uma análise do caso embasada na compreensão da Constituição como um todo, descartando a leitura isolada e óbvia do § 3o do artigo 226. Diante dos fatos, considerando que não há qualquer vedação expressa às uniões ditas homoafetivas, menciona a necessidade de se fazer uma contextualização das previsões normativas com os princípios constitucionais com o fim de possibilitar a apreensão dessa nova situação pelo direito.

Luís Roberto Barroso, discorrendo sobre o tema, aponta que a questão atinente às uniões homoafetivas haveria de se resolver por aplicação dos princípios constitucionais ou por integração da lacuna legal existente, acolhendo aqueles que sofrem preconceito por assumirem um fato de vida que não pode ser considerado ilegal, não infringindo leis, tampouco a esfera de terceiros¹⁶⁸.

¹⁶⁶Voto Ministro Marco Aurélio na ADI 4277 p. 10.

¹⁶⁷Voto Ministro Marco Aurélio na ADI 4277 p. 16.

¹⁶⁸BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil**. p. 08-09.

Barroso em sua primeira tese ventilada no trabalho apresenta uma solução para o caso com base nos princípios constitucionais e devido ao caráter normativo, interpretativo e integrador destes pretende o acolhimento da demanda. A igualdade para possibilitar uma política de reconhecimento, a dignidade na defesa do desenvolvimento livre de cada homem e a liberdade no proporcionar condições para as escolhas legítimas dos indivíduos. Além disso, faz referência à segurança jurídica como vetor de previsibilidade e estabilidade das relações, devendo igualmente ser assegurada¹⁶⁹.

Por outro lado, identificando uma possível consideração de existência de lacuna constitucional, observa que a Constituição de 1988 faz referência à proteção a ser oferecida à união estável entre homem e mulher e este mandamento fora reproduzido pela legislação ordinária. Porém, pretende demonstrar que este vazio não se trataria de um silêncio eloquente, mas sim da possibilidade deixada pelo constituinte originário para que o tema estivesse aberto à evolução dos costumes e também do próprio Direito¹⁷⁰.

Deste modo, ao tratar do papel a ser exercido pela norma do § 3º do art. 226 procura evidenciar um caráter integrador e não de exclusão, nos seguintes termos:

É certo, por outro lado, que a referência a homem e mulher não traduz uma vedação da extensão do mesmo regime às relações homoafetivas. Nem o teor do preceito nem o sistema constitucional como um todo contém indicação nessa direção. Extrair desse preceito tal consequência seria desvirtuar a sua natureza: a de uma norma de inclusão. De fato, ela foi introduzida na Constituição para superar a discriminação que, historicamente, incidira sobre as relações entre homem e mulher que não decorressem do casamento. Não se deve interpretar uma regra constitucional contrariando os princípios constitucionais e os fins que a justificaram¹⁷¹

A Ministra Carmen Lúcia¹⁷² esclarece que, de acordo com o seu entendimento, para a resolução da questão seria necessária a interpretação do § 3º do art. 226 em consonância com o quadro social contemporâneo e com o sistema constitucional, sendo este considerado um conjunto harmônico de normas que pretende a

¹⁶⁹BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil**. p. 46.

¹⁷⁰BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil**. p. 38.

¹⁷¹BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil**. p. 39.

¹⁷²Voto Ministra Carmen Lucia na ADI 4277.

concretização dos valores expressados em seus princípios. Deste modo, afirma que o texto constitucional ao fazer referência expressa a homem e mulher como indivíduos da união estável está oferecendo o reconhecimento deste fato como uma entidade que tem suas consequências jurídicas próprias. Entretanto, coloca a Ministra que isso não significa que as relações que sejam formadas por pessoas do mesmo sexo não mereçam igual proteção, essa união, portanto, pode vir a ser igual fonte de direitos. Desta feita, observa que os princípios constitucionais permitem extrair a igualdade entre homens e mulheres, sem importar suas escolhas de modo de vida, cabendo tão somente por parte da sociedade e do Estado o respeito aos direitos fundamentais, sendo observadas a liberdade, a igualdade de tratamento e a intimidade¹⁷³.

Sendo assim, diante dos trechos reproduzidos dos votos de alguns ministros, assim como dos apontamentos de Luís Roberto Barroso, resta reconhecer que no caso ora em tela houve uma mutação constitucional. Por mais que se vislumbre a interpretação do artigo 1.723 do Código Civil em conformidade com a Constituição, há que se registrar a inevitável mudança que deve ser aplicada ao entendimento referente ao §3º do art. 226 da própria Carta Magna. Hoje não mais se protege somente o caso de união estável entre homem e mulher, como também as situações que envolvem pessoas do mesmo sexo, consagrando assim o reconhecimento jurídico da união homoafetiva.

3.3. Interpretação e Direitos Fundamentais

Diante da decisão exposta e das considerações tecidas, devemos analisar a importância que ganha a interpretação em face dos casos concretos em nossa era ao proporcionarem o acesso aos direitos fundamentais. Ultrapassado o positivismo clássico, adentramos ao pós-positivismo com a consideração de novos conceitos e a necessidade de novas leituras.

Luís Roberto Barroso aponta para a superação do entendimento de neutralidade e objetividade que integrariam o conhecimento científico. A neutralidade como distanciamento da questão, com um operador jurídico isento das

¹⁷³Voto Ministra Carmen Lucia na ADI 4277.

complexidades e influências sociais não passa de uma ficção, o que hoje se projeta é sim um intérprete consciente das reais circunstâncias, atento aos fatos e capaz de desenvolver sua autocrítica e seu autoconhecimento. A objetividade pura e simples também é refutada, mostrando-se esta como um conjunto de possibilidades interpretativas e aqui residiria o traço objetivo¹⁷⁴.

Posto isto, o Direito se coloca para Barroso como um ato de conhecimento pela revelação dos sentidos da norma, mas também como um ato de vontade representado pela escolha eleita dentre as outras possibilidades que se apresentam ao aplicador. O direito constitucional seria colocado como o responsável por definir a amplitude dentro da qual deverá o intérprete trabalhar os conceitos e significados, exercendo sempre sua criatividade e seu senso de justiça, porém sem se prever a possibilidade de se optar por voluntarismos. A Constituição então, de fato, define um conjunto de normas que servirão de orientação para a escolha dentre as alternativas ventiladas: princípios, fins públicos e programas de ação¹⁷⁵.

Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti ao tratarem da superação do projeto positivista no Direito trazem a impossibilidade de se proceder a um congelamento da linguagem, afirmando:

Dicionários e gramáticas ficam defasados em pouquíssimo tempo diante da força atribuidora de sentido da gramática das práticas sociais em permanente transformação. A linguagem é algo vivo e vivenciado que não se deixa aprisionar¹⁷⁶

Diante disso, colocam que a unicidade da situação de aplicação da norma é que é capaz de garantir a imparcialidade e não somente uma suposta neutralidade do texto¹⁷⁷. A interpretação então ao atribuir sentido a uma norma jurídica teria o condão de aperfeiçoá-la ao caso concreto.

Os autores citam Dworkin para esclarecer que a legitimidade do direito não se encontra tão somente no seu texto, devendo ser superada a ideia positivista de

¹⁷⁴BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação a Aplicação da Constituição**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 311.

¹⁷⁵BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação a Aplicação da Constituição**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 312.

¹⁷⁶CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito. A Produtividade das Tensões Principiológicas e a Superação do Sistema de Regras**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 50.

¹⁷⁷CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito. A Produtividade das Tensões Principiológicas e a Superação do Sistema de Regras**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 51.

sistema autossuficiente de regras, merecendo destaque a estrutura principiológica do ordenamento, indeterminada em abstrato, porém determinável em concreto e assim aberta à construção e evolução de normas universalistas positivadas como direitos fundamentais¹⁷⁸.

De acordo com Barroso devem ser exploradas as possibilidades positivas da dogmática jurídica, com ênfase em uma interpretação repleta de valores e fundada na ética e na razão possível. O pós-positivismo não surge necessariamente desconstruindo, mas sim ultrapassando a ideia de conhecimento convencional, preservando o ordenamento positivo ao mesmo tempo em que reintroduz os conceitos de justiça e legitimidade¹⁷⁹.

Neste contexto, destaca-se o trabalho a ser efetuado pelos princípios constitucionais, os quais, conforme Barroso, sendo explícitos ou não, são considerados como a síntese dos valores presentes no ordenamento jurídico, refletindo a ideologia da sociedade através de seus fins e postulados básicos. Com essa função valorativa, os princípios oferecem então unidade e harmonia ao sistema como um todo na medida em que integram as mais diversas partes e até mesmo atenuam possíveis conflitos e tensões normativas. Além disso, atuam os princípios constitucionais como um guia a ser observado pelo intérprete durante sua atuação, a qual deverá ser pautada no reconhecimento do princípio maior que trata do tema apreciado, passando do mais genérico ao mais específico até que se encontre a formulação de uma regra concreta capaz de reger a situação. Resumidamente, seriam os papéis desenvolvidos pelos princípios: a) condensação de valores; b) atribuição de unidade ao sistema; e c) condicionadores da atividade do intérprete¹⁸⁰.

Considerando a importância atribuída aos princípios, como Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti expõem, ao ser realizada a análise e a aplicação de uma norma ou princípio no caso concreto se deve ter também em consideração a norma ou princípio contrários, com o fim de se criar uma tensão normativa complexa e assim se proceder à diferenciação entre pretensões legítimas e abusivas. A tensão

¹⁷⁸CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito. A Produtividade das Tensões Principiológicas e a Superação do Sistema de Regras**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 57 e 59.

¹⁷⁹BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação a Aplicação da Constituição**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 319.

¹⁸⁰BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação a Aplicação da Constituição**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 329.

entre as normas é de extrema importância porque cada uma delas terá o condão de delimitar o significado e a abrangência da outra, de modo que uma norma acaba se tornando inevitavelmente constitutiva do sentido constitucional daquela que lhe é contrária¹⁸¹. Barroso também reconhece a importância atribuída aos princípios que colidem entre si, sendo esta uma característica essencial ao sistema que deve ser dialético diante de uma ordem plural¹⁸².

E então essa Constituição, como um sistema aberto de regras e princípios, passa a ser considerada o âmbito de realização dos direitos fundamentais, com base na ideia de justiça e de valores jurídicos. Quando houver situação de conflito, deverá o intérprete, tendo por base a preservação de princípios básicos como a proporcionalidade e o respeito aos direitos fundamentais proceder a uma ponderação de interesses, considerando norma e fatos dentro de uma interação não formalista, concluindo por uma decisão justa que considere fundamentos da comunidade jurídica e da sociedade em geral. Atualmente, para além de princípios já consagrados como igualdade e liberdade, Luís Roberto Barroso aponta para a consolidação da razoabilidade e para o desenvolvimento da dignidade da pessoa humana¹⁸³.

Menelick e Guilherme Scotti utilizam-se de Dworkin para implantarem a ideia de que “é precisamente o conteúdo moral incorporado ao Direito como direitos fundamentais, funcionando como Direito e não mais como moral, que garante o pluralismo e a crescente complexidade da sociedade moderna”¹⁸⁴.

Após analisarem Habermas e Dworkin apontam para apenas uma divergência terminológica entre ambos, concluindo que para os dois autores seria a tradução do conteúdo moral transferida para o ordenamento jurídico a responsável por conferir aos direitos fundamentais seu caráter e *status* e incondicionalidade em relação aos demais bens e valores sociais. Sendo que dessa incondicionalidade dos citados

¹⁸¹CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito. A Produtividade das Tensões Principiológicas e a Superação do Sistema de Regras.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 38.

¹⁸²BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação a Aplicação da Constituição.** São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 330.

¹⁸³BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação a Aplicação da Constituição.** São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 330 e 340.

¹⁸⁴CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito. A Produtividade das Tensões Principiológicas e a Superação do Sistema de Regras.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 61.

direitos surgiria o seu funcionamento como argumentos a serem apresentados em face de possíveis abusos impetrados em razão de políticas de maximização de finalidades coletivas¹⁸⁵.

Nessa perspectiva de tratamento sobre os direitos fundamentais, Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti entendem que a consagração destes necessita de um pressuposto moral, universal e abstrato de reconhecimento da igualdade e da liberdade como inerente a todos os seres humanos. E aqui seria extremamente importante a relação que se dá entre Constituição, Direito e política, pois a primeira ao definir as bases do Direito e da política (direitos fundamentais e organização política) estabelece uma articulação entre os mesmos. Por serem distintos, Direito e política acabam prestando serviços mútuos dentro de uma relação de complementaridade, a política oferece efetividade através do aparato estatal e recebe em troca a legitimidade do Direito ao ser por ele regulada¹⁸⁶.

Com base em Dworkin, os autores indicam que nas sociedades modernas, pluralistas e multiculturais a democracia como uma parceria política coletiva exige não uma homogeneidade ética, mas sim uma capacidade de respeito aos direitos de todos os indivíduos como cidadãos, sendo esta a responsabilidade coletiva por parte destes. A dificuldade do Direito moderno seria o grande desafio de aplicar normas gerais e abstratas a situações concretas e individuais, ou seja, à situação de aplicação que se coloca como única e irrepetível¹⁸⁷.

Sendo assim, a resolução dos casos concretos envolve sempre uma detalhada análise que deve considerar os fatos e a complexidade normativa, com o oferecimento ao final de uma resposta que esteja de acordo com a Constituição e o ordenamento como um todo, consagrando a liberdade e a igualdade enquanto constituição viva, assim como enquanto comunidade de princípios¹⁸⁸.

¹⁸⁵CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito. A Produtividade das Tensões Principiológicas e a Superação do Sistema de Regras.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 74.

¹⁸⁶CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito. A Produtividade das Tensões Principiológicas e a Superação do Sistema de Regras.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 92-93.

¹⁸⁷CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito. A Produtividade das Tensões Principiológicas e a Superação do Sistema de Regras.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 127.

¹⁸⁸CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito. A Produtividade das Tensões Principiológicas e a Superação do Sistema de Regras.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 145.

Entretanto, reconhecendo a possibilidade de impropriedades que têm espaço em determinadas decisões judiciais, Menelick e Scotti apontam os direitos fundamentais como elementos a serem utilizados na orientação da correção normativa em relação à sociedade como um todo, “de sorte a possibilitar ao Direito um enfrentamento consistente da tendência ao uso abusivo e meramente instrumental do próprio Direito”¹⁸⁹.

Menelick e Guilherme Scotti finalizam seu estudo afirmando a relação entre Direito e moral, não estando estes em situação de sujeição, mas sim de complementaridade. A moral teria o dever de oferecer legitimidade ao Direito posto, enquanto a este caberia a tarefa de recepcionar o conteúdo moral com densidade e concretude¹⁹⁰. Portanto:

Desse modo é que esse conteúdo quando incorporado ao Direito como direitos fundamentais, como princípios constitucionais, ou seja, como a igualdade reciprocamente reconhecida de modo constitucional a todos e por todos os cidadãos, bem como, ao mesmo tempo, a todos e por todos é também reconhecida reciprocamente a liberdade, só pode significar, como histórica e muito concretamente pudemos aprender, a igualdade do respeito às diferenças, pois embora tenhamos diferentes condições sociais e materiais, distintas cores de pele, diferentes credos religiosos, pertençamos a gêneros distintos ou não tenhamos as mesmas orientações sexuais, devemos nos respeitar ainda assim como se iguais fôssemos, não importando todas essas diferenças¹⁹¹

Ou seja, a proposta de uma leitura pós-positivista do Direito pode se tornar um excelente meio de efetivação dos direitos fundamentais. A Carta os consagra, entretanto necessitam de efetividade por meio da atividade do aplicador e intérprete. Com base em princípios e com a aceitação de uma sociedade plural é iniciado o caminho para a confirmação de ordem prática dos direitos fundamentais. Assim, operam-se mutações com a intenção de evitar a estagnação da Constituição, promovendo o acesso à justiça e inclusão de todos em uma “sociedade cidadã”.

¹⁸⁹CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito. A Produtividade das Tensões Principiológicas e a Superação do Sistema de Regras.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 155.

¹⁹⁰CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito. A Produtividade das Tensões Principiológicas e a Superação do Sistema de Regras.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 161.

¹⁹¹CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito. A Produtividade das Tensões Principiológicas e a Superação do Sistema de Regras.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 162.

CONCLUSÃO

A compreensão da Carta Constitucional como um elemento em constante construção e aprimoramento é essencial para que se abra um caminho de acesso ao Direito e aos direitos, com a participação ativa dos mais diversos membros da sociedade.

Como observado durante este trabalho, duas vias se apresentam como possíveis para que ocorra a adaptação entre Constituição e realidade social. Em um primeiro momento, temos a via formal, caracterizada pelos processos de emenda e revisão, devidamente determinada e condicionada pelo constituinte originário. Tal possibilidade, diante do fenômeno da rigidez constitucional, coloca-se de forma necessária para a preservação de um núcleo fundamental da Constituição, sendo extremamente importante o fato de o conteúdo constitucional não estar inteiramente aberto aos poderes de reforma. Em um segundo momento, apresentou-se a via informal de mudança constitucional, a mutação, a qual resta identificada pela possibilidade de se transformar o entendimento de determinada norma constitucional sem que haja qualquer alteração do texto. A norma, como fruto do trabalho a ser realizado pelo jurista e intérprete, está em constante transformação, podendo abrigar diferentes necessidades.

Neste contexto, a mutação constitucional, dentro de suas diversas possibilidades, pode proporcionar uma adequada relação entre a Constituição e os fatos a ela subjacentes, mostrando-se um mecanismo capaz de evitar a mera “folha de papel” preconizada por Lassalle.

Porém, por mais que se apresente como um mecanismo com caráter positivo, infelizmente sua utilização pode ser desvirtuada. A dificuldade do fenômeno reside na determinação dos limites a serem trabalhados, assim como dos questionamentos acerca da legitimidade de atuação. O texto e o sistema constitucional como limitadores do desenvolvimento realizado pela mutação por vezes não são respeitados, levando-nos às mutações inconstitucionais.

Entretanto, não há como se negar que benefícios podem ser trazidos através do fenômeno mutacional. Como no caso relatado no Capítulo III, novas necessidades da sociedade podem se adaptar ao texto a depender de sua

adequação ao sistema constitucional como um todo, com a valoração dos princípios e dos valores que imperam dentro da sociedade.

Diante de casos como o reconhecimento da União Homoafetiva é que se cogita do importante papel exercido pela mutação constitucional na efetivação de direitos fundamentais consagrados na Carta. A interpretação realizada pelo Poder Judiciário, apesar de não ser única, devido ao seu caráter, é relevante para que se efetive o reconhecimento do outro no interior de uma sociedade plural.

A concretização da Constituição, através da realização efetiva de suas previsões, portanto, como demonstrado ao longo do trabalho, pode ser fruto da interpretação, considerando-se as suas variadas formas, com a participação do Poder Judiciário, justificando-se as mutações constitucionais frente às demandas que são apresentadas pelo pluralismo social.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes; SOARES, Ana Katarina Fonteles Soares. **Mutação Constitucional: da “natureza das normas” à identidade problemática da Constituição.** Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/01_594.pdf

ANTUNES, Marcus Vinicius Martins. **Mudança Constitucional – O Brasil Pós-88.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo.** São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

_____, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil.** Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2011/05/Luis-Roberto-Barroso_Unioes-homoafetivas_atualizacao-2011.pdf

_____, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição.** São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

_____, Luís Roberto. **Mutação Constitucional. In: Estudos de Direito Constitucional em homenagem à Prof. Maria Garcia.** São Paulo: IOB, 2008.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos Bezerra. **Mutação Constitucional: os processos mutacionais como mecanismos de acesso à justiça.** Disponível em: <http://www.sefaz.pe.gov.br/flexpub/versao1/filesdirectory/sessions579.pdf>

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

BRASIL. Código Civil Brasileiro, Lei nº. 10.046, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial Da União, D.O.U. de 11.1.2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutações Constitucionais**. São Paulo: Editora Saraiva, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI Guilherme. **Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito – A Produtividade das Tensões Principiológicas e a Superação do Sistema de Regras**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

DUARTE, Fernanda e VIEIRA, José Ribas. **Teoria da Mudança Constitucional: sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonda, 1986.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HESSE, Konrad. **Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

_____, Konrad. **La Interpretación Constitucional. In: Escritos de Derecho Constitucional.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

_____, Konrad. **Límites de la mutación constitucional. In: Escritos de Derecho Constitucional.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

JELLINEK, Georg. **Reforma y Mutación de la Constitución.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Coimbra: Edições Almedina, 1960.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución. Vol. I.** Barcelona: Editorial Ariel, 1983.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional, Tomo II.** Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

PÁDUA, António Carlos Torres de Siqueira de Maia e. **A Mutação Constitucional e a Coisa Julgada no Controle Abstrato de Constitucionalidade: Análise de um Fragmento da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.** Orientador: Gilmar Ferreira Mendes. Dissertação de Mestrado: UNB, 2006.

SANCHEZ URRUTIA, Ana Victoria. **La Fuerza de la Constitución y la Constitución de la Fuerza. In: Revista Española de Derecho Constitucional.** Año 13. Núm. 37. Enero-Abril 1993.

_____, Ana Victoria. **Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. In: Revista Española de Derecho Constitucional.** Año 20. Núm. 58. Enero-Abril 2000.

SILVA, José Afonso da. **Mutações Constitucionais. In: Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a Constituição).** São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

_____, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

SBROGIO'GALIA, Susana. **Mutações Constitucionais e Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.